

# 居住用建物に重大な瑕疵がある場合の損害賠償請求に おける居住利益の損益相殺に関する一考察

—最高裁平成22・6・17を契機として—

長 友 昭

- I はじめに
- II 従前の判例の形成過程
  - 1 14年判決（判例時報1801号77頁，判例タイムズ1106号85頁）
    - (1) 事案
    - (2) 判旨
    - (3) 判決の検討
      - ①損害賠償否定説
      - ②損害賠償肯定説
    - (4) 小括
  - 2 19年判決（民集61巻5号1769頁）
    - (1) 事案
    - (2) 判旨
    - (3) 判決の検討
      - ①学説
        - a) 高橋寿一の見解
        - b) 松本克美の見解
        - c) 河合敏男の見解
        - d) 後藤勇の見解
      - ②裁判例
        - a) 不法行為成立の要件として「強度の違法性」を要求する裁判例
        - b) 「強度の違法性」要件を要求せず，建築士として業務を誠実に遂行すべき義務（建築士法18条1項）の違反を不法行為成立の根拠とする裁判例
        - c) 建築基準法に違反する瑕疵がある場合には不法行為法上の違法があると判示する裁判例
        - d) 設計・施工者等は，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する裁判例
    - (4) 小括
      - ①19年判決に関する議論
      - ②控訴審判決
  - 3 まとめ
- III 22年判決の意義と射程

## 1 22年判決

- (1) 事案
- (2) 判旨

## 2 損益相殺に関する学説・裁判例の状況

- (1) 控除肯定説
  - ①使用利益控除説
  - ②経年減価控除説
- (2) 控除否定説

## 3 22年判決のまとめと評価

### IV むすび

#### I はじめに

居住用建物は、多くの人々にとって、その生活の基盤となり基礎となるものである。これを得るために、一般に売買や請負などの契約が用いられるが、目的物の建物に瑕疵があった際には、人の生命・身体財産にかかわる大きな問題となる。

この点について、買主・注文者が売主・請負人に対してどのような請求ができるのかについては従来から議論があった。そして、これに関連して、近時、居住用建物に重大な瑕疵がある場合の損害賠償請求における居住利益の損益相殺を認めないとする判決が出された（以下「22年判決」と略称。）。そこで、この問題をめぐるこれまでの裁判例や学説、またそれらの発展の画期となった2つの最高裁判例（以下「14年判決」「19年判決」と略称。）を紹介（→Ⅱ）した上で、この22年判決の意義を明らかにし（→Ⅲ）、若干の考察と今後に向けてのまとめ（→Ⅳ）を行いたい。

#### Ⅱ 従前の判例の形成過程

##### 1 14年判決<sup>(1)</sup>（判例時報1801号77頁，判例タイムズ1106号85頁）

###### (1) 事案<sup>(2)</sup>

建物の建築工事を注文したXが、これを請け負ったYに対し、建築された建物には重大な瑕疵があって建て替えるほかはないとして、請負人の瑕疵担保責任等に基づき、損害賠償を請求した。ここにおいて、建て替えに要する費用相当額の損害賠償を請求することが、「建物其他土地ノ工作物」については重大な瑕疵があっても請負契約を解除することはできないと定めている民法635条ただし書の規定の趣旨に反して許されないかどうかが争点となった。

原原審は、本件建物の瑕疵は個々の補修では除去されず、本件建物を立て直す必要があ

(1) 本件評釈として、古積健三郎・法学セミナー48巻4号112頁，花立文子・法学教室272号106頁，笠井修・NBL764号68頁，半田吉信・判例時報1818号189頁，松本克美・法律時報75巻10号101頁，杉本好央・東京都立大学法学会雑誌44巻1号451頁，原田剛・成城法学71号175頁，三林宏・銀行法務21・48巻6号84頁，鹿野菜穂子・民商法雑誌131巻2号133頁，加藤新太郎・平成15年度主要民事判例解説（判例タイムズ臨時増刊1154）66頁，良永和隆・ハイ・ローヤー227号71頁，岡孝・私法判例リマークス28号54頁，原田剛・不動産取引判例百選〔第3版〕158頁，原田剛・法と政治59巻3号1頁，井藤公量・臨床法務研究6号125頁などがある。

(2) 本件事案については、判例集に掲載されたものによったほか、特に原審，原原審につき、杉本好央・前掲注(1)・451-452頁を参照した。

る、とした上で、鑑定による建て直し費用に引越費・代替住居費・慰謝料等を足した額を損害額とし、そこから未払工事代金を差し引いた金額の賠償をYに命じた。

原審は、Xから注文を受けてYが建築した本件建物は、その全体にわたって極めて多数の欠陥箇所がある上、主要な構造部分について本件建物の安全性及び耐久性に重大な影響を及ぼす欠陥が存するものであって、基礎自体せい弱であり、基礎と土台等の接合の仕方も稚拙かつ粗雑極まりない上、不良な材料が多数使用されていることもあいまって、建物全体の強度や安全性に著しく欠け、地震や台風などの振動や衝撃を契機として倒壊しかねない危険性を有するものとなっているため、個々の継ぎはぎ的な補修によっては根本的な欠陥を除去することはできず、これを除去するためには、土台を取り除いて基礎を解体し、木構造についても全体をやり直す必要があり、結局、技術的、経済的にみても、本件建物を建て替えるほかはない、として、Xの損害賠償請求権を認容したが、Xが本件建物に5年あまり居住しており、これによってXに利益があったとして、これを控除した。

Yは、Xの居住利益を認めたことから、本件建物には客観的な価値があり、建替え費用等を損害として認めるのは修補に要する費用を過分に超え、実質上契約解除以上の効果を認めるものであり、634条1項および635条の各ただし書の規定に明らかに抵触することなどを理由として上告した。

## (2) 判旨

上告棄却。

「請負契約の目的物が建物その他土地の工作物である場合に、目的物の瑕疵により契約の目的を達成することができないからといって契約の解除を認めるときは、何らかの利用価値があっても請負人は土地からその工作物を除去しなければならず、請負人にとって過酷で、かつ、社会経済的な損失も大きいことから、民法六三五条は、そのただし書において、建物その他土地の工作物を目的とする請負契約については目的物の瑕疵によって契約を解除することができないとした。しかし、請負人が建築した建物に重大な瑕疵があって建て替えるほかはない場合に、当該建物を取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く、また、そのような建物を建て替えてこれに要する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って、請負人にとって過酷であるともいえないのであるから、建て替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることを認めても、同条ただし書の規定の趣旨に反するものとはいえない。したがって、建築請負の仕事の目的物である建物に重大な瑕疵があるためにこれを建て替えざるを得ない場合には、注文者は、請負人に対し、建物の建て替えに要する費用相当額を損害としてその賠償を請求することができるというべきである。」として原審の判断を是認した。

## (3) 判決の検討

本件は、建築請負の仕事の目的物である建物に重大な瑕疵があるためにこれを建て替えざるを得ない場合には、注文者は、請負人に対し、建物の建て替えに要する費用相当額を損害としてその賠償を請求することができ、これが民法635条ただし書の規定の趣旨<sup>(3)</sup>に

(3) 同旨を述べる学説として、我妻榮『債権各論 中二』岩波書店、641頁。なお、幾代通＝広中俊雄編・新版注釈民法16債権(7)152頁（内山尚三執筆部分）も参照。

反しないとしたものである。

本判決以前においては、瑕疵修補に代わる損害賠償として建物の建て替え費用相当額の損害賠償請求は許されないとする見解とこれを認める見解とに分かれていた。

#### ①損害賠償否定説

すなわち、瑕疵修補に代わる損害賠償として建物の建て替え費用相当額の損害賠償請求は許されないとする見解として、後藤勇は、「請負建築建物の瑕疵を理由に、その建て替え費用の賠償を認めることは、請負建築建物を取り壊して全く新しい建物を建て直すことであるから、建物建築の請負契約の解除を認めたことと同様ないしはそれ以上のことを認めることになって、強行規定とされる民法635条但し書の規定に反することになるのではなからうか。なぜならば、契約解除の場合も、建て替え費用の賠償を認める場合も、請負人の建築した建物を取り除くと言う点では全く同様であって、折角、請負人の建築した建物を取り除くことは、社会経済的な損害が大きいし、かつ、請負人に過酷な損害を負わせることに変わりはないからである。」とした上で、注文者が、①「瑕疵ある建物の外に瑕疵のない建物を新築する費用の賠償を受けることになって、いわば請負建築建物の二重取りとなり、極めて不当な結果を招くことになろう」こと、②損耗減価分を利得すること、③居住利益を利得すること、を理由として、「請負建築建物に重大な瑕疵があるからといって、いわゆる建て替え費用の賠償を求めることはできないと解するのが相当ではなからうか」と述べる<sup>(4)</sup>。

また、同旨の裁判例として、神戸地判昭63・5・30は、「瑕疵修補の請求ができない場合の損害賠償の額は、目的物に瑕疵があるためにその物の客観的な交換価値が減少したことによる損害を基準にして、これを定めるのが相当である。何故なら、右の考え方は、財産上の損害のとらえ方について、請負人の担保責任、売主の瑕疵担保責任及び物の毀損による不法行為責任の全てに共通した理解を可能にするからである」<sup>(5)</sup>とし、東京地判平3・6・14は、「(一)原告は、本件建物の瑕疵の修補が物理的に不可能ではないことを前提に、その修補に要する費用（建て替え費用）等相当額を損害として主張しているものと解されるが、本件建物の瑕疵は、前示のとおり社会通念上修補不能であり、本件は、そもそも瑕疵修補の請求はできない事案である。(二)瑕疵修補の請求ができない場合に、注文者が請負人に対して請求しうる損害賠償の額は、一般的に言って、瑕疵を修補するために要する費用ということではできない。このことは、民法六三四条一項但書の趣旨からも明らかである。(三)民法六三五条但書により、建物やその他の土地の工作物については、契約の目的を達することができない瑕疵があっても、請負契約を解除することはできず、右規定は強行規定と解されているのに、建て替え費用等を損害と認めることは、実質的に契約解除以上の効果を認める結果になる。(四)瑕疵修補の請求ができない場合の損害賠償の額は、目的物に瑕疵があるためにその物の客観的な価値が減少したことによる損害を基準にして、これを定めるのが相当である。何故なら、右の考え方は財産上の損害のとらえ方について、

(4) 後藤勇『請負に関する実務上の諸問題』判例タイムズ社、1994年、85-91頁。なお、同「最近の裁判例からみた請負に関する諸問題」判例タイムズ365号54頁、同「請負建築建物に瑕疵がある場合の損害賠償の範囲」判例タイムズ725号8頁も参照。

(5) 判例時報1297号109頁、判例タイムズ691号193頁。

請負人の担保責任、売主の瑕疵担保責任及び物の毀損による不法行為責任の全てに共通した理解を可能にするからである。以上によれば、本件建物の瑕疵により原告の蒙った財産上の損害は、瑕疵があるために本件建物の客観的な交換価値が減少したことによる損害と解すべきであるから、原告主張の損害のうち、本件建物の建て替え費用及び建て替えを前提とする諸費用の損害賠償請求は全て理由がなく、失当といわざるをえない<sup>(6)</sup>として、建て替え費用の賠償を認めなかった。

## ②損害賠償肯定説

他方で、瑕疵修補に代わる損害賠償として建物の建て替え費用相当額の損害賠償請求を認める見解として、青野博之は、「地震や台風等の振動・衝撃を契機にして倒壊しかねない危険性を内蔵する建築物」で建て替える必要のある建物の場合には、この建物を建物として売れるわけがないから交換価値がゼロであるうえに…その建物があるために土地の価値が下がるので、その土地の価値を回復するためにその建物を解体する費用までかかり、損害は交換価値の差額だけにとどまらないからである。むしろ解体費用は、不用な建物が存在するために通常生ずる損害<sup>(7)</sup>であるから「建て替えるしかない」事案において「建替え費用を損害として認めないのは矛盾している<sup>(7)</sup>」と述べる。池田恒男は、「代金減額と區別された意味での本来の損害賠償」…こそいわゆる履行利益に及び、注文主が蒙る全損害を賠償対象とするから、建築請負などにおいて修補不能の重大な瑕疵がある場合には、最小限の修補費用としての建て替え費用を当然に含むと解すべきであろう。その意味で、修補不能の瑕疵のある建物を建てた請負人に対する注文主の損害賠償請求について、その損害額を建て替え費用を含む諸費用に広げて認容した裁判例が最近増加していることは、注目され、かつ評価されてよい<sup>(8)</sup>とする。内山尚三＝山口康夫は、「建替えに要する費用（現有建物の取壊費用や立替中の代替家屋調達費用等）をいずれが負担するか」について、「交換価値がゼロであるという場合であれば、瑕疵のない完全な仕事をするのが請負人の債務の内容であるから、請負人は瑕疵によって生じたすべての損害を負担すべきである<sup>(9)</sup>」と解する。

また、同旨の裁判例として、大阪高判昭58・10・27は「目的物たる建物が建替えるほかないような場合には、その建て替え費用が瑕疵のない目的物の価格相当額に当たるものとして、その賠償を求めうる損害にあたるものと解するのが相当である<sup>(10)</sup>」とした。大阪地判昭59・12・26は、注文主の損害として「本件建築工事の瑕疵を修補するためには、結局、本送建物を建て替えるのと同程度の規模の工事を必要とすることが認められ<sup>(11)</sup>」ると認定し、さらに代替建物の賃料、引越し費用、鑑定調査費用、慰謝料も認めた<sup>(11)</sup>。そのほか、大阪地判昭62・2・18<sup>(12)</sup>、大阪高判平1・2・17<sup>(13)</sup>などがある。

(6) 判例時報1413号78頁，判例タイムズ775号178頁。

(7) 青野博之「建築請負契約における担保責任と損害賠償」法律時報，61巻9号，104頁。

(8) 池田恒男「いわゆる欠陥住宅と建築請負人の責任」判例タイムズ794号，42頁。

(9) 内山尚三＝山口康夫『叢書民法総合判例研究 請負〔新版〕』一粒社，1999年，172頁。

(10) 判例タイムズ524号231頁，判例時報1112号67頁等。

(11) 判例タイムズ548号181頁。

(12) 判例タイムズ645号165頁，判例時報1323号68頁。

(13) 判例タイムズ705号185頁，判例時報1323号83頁。

#### (4) 小括

以上のように、14年判決は、従来争いのあった、請負契約に基づいて建築された建物に重大な瑕疵があった場合に注文者から損害賠償請求をすることができるかという論点につき、請負人は契約の履行責任に応じた損害賠償責任を負担するものとし、注文者からの建替費用相当額の損害賠償請求を認めるものであった。

## 2 19年判決<sup>(14)</sup> (民集61巻5号1769頁)

### (1) 事案

本件は、Y1が建築の設計及び工事監理をし、Y2が施工をした9階建ての共同住宅・店舗(本件建物)及びその敷地(本件土地)を購入したXらが、本件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、Y1に対しては不法行為に基づく損害賠償を、Y2に対しては瑕疵担保責任に基づく瑕疵修補費用の支払若しくは損害賠償又は不法行為に基づく損害賠償を、それぞれ請求した事案である。

事実関係の概要は次のとおりである。Aは、昭和63年10月19日、その所有する本件土地上に本件建物を代金3億6660万円で建築する請負契約をY2との間で締結し、その設計及び工事監理をY1に委託した。Xらは、本件建物の完成後である平成2年5月23日、Aから、本件土地を代金1億4999万1000円で、本件建物を代金4億1200万9270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が、本件建物には、廊下、床、壁のひび割れ、はりの傾斜、鉄筋量の不足、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ことが判明した。Xらは、これらの瑕疵について、Yらには不法行為が成立すると主張している。

1審<sup>(15)</sup>は、Xら主張に係る本件建物の瑕疵について、その一部が認められるとした上、①Aの有していたY2に対する本件請負契約上の瑕疵担保責任履行請求権は、AとXらとの売買契約上の特約によってXらに譲渡され、Y2もこれを承諾したものであるが、本件請負契約約款23条の規定に基づき、Y2には各瑕疵の発生につき故意又は重大な過失があるとはいえないとして、Y2の瑕疵担保責任を否定する一方、②Y2及びY1の不法行為に基づく損害賠償責任を肯定し、Yらが連帯して3888万5883円(X1に対し2916万4412円、

(14) 最高裁判所民事判例集61巻5号1769頁、判例時報1984号34頁、判例タイムズ1252号120頁、金融・商事判例1280号20頁。本件評釈として、河津博史・銀行法務21 51巻10号・55頁、秋山靖浩・法学セミナー53巻1号42頁、松本克美・立命館法学313号100頁、鎌野邦樹・NBL875号4頁、幸田雅弘・法学セミナー53巻2号18頁、塩崎勤・月刊民事法情報258号78頁、関智文・季刊不動産研究50巻2号63頁、良永和隆・ハイ・ローヤー270号76頁、平野裕之・民商法雑誌137巻4・5号68頁、高橋寿一・金融・商事判例1291号2頁、山口成樹・判例時報2002号185頁、明石真昭・法律科学研究所年報24号273頁、大西邦弘・広島法学32巻1号87頁、新堂明子・NBL890号53頁、花立文子・国学院法学46巻2号112頁、円谷峻『平成19年度重要判例解説』89頁、荻野奈緒・同志社法学60巻5号443頁、大野武・季刊不動産研究51巻1号23頁、原田剛・法と政治59巻3号1頁、花立文子『私法判例リマークス37』48頁、畑中久彌・福岡大学法学論叢53巻4号463頁、高橋讓・ジュリスト1379号102頁、松本克美・立命館法学324号1頁、石橋秀起・立命館法学324号38頁、橋本佳幸『民法判例百選Ⅱ債権[第6版]』160頁、田口文夫・専修法学論集106号293頁、仮屋篤子『速報判例解説4』73頁、高橋讓・法曹時報62巻5号215頁などがある。

(15) 大分地判平15・2・24。評釈として関智文・季刊不動産研究50巻2号63頁。

X 2 に対し972万1471円と各遅延損害金を、これとは別に、Y 2 がX 1 に対し2044万2793円、X 2 に対し681万4265円と各遅延損害金を、Y 1 がX 1 に対し584万6148円、X 2 に対し194万8716円と各遅延損害金を、それぞれ支払うべき旨を求める限度で、X らの請求を(一部)認容した。

原審<sup>(16)</sup>は、X らは、A から、Y らに対し瑕疵担保責任を追及し得る契約上の地位を譲り受けていないとして、瑕疵担保責任に基づく請求を否定した。また、原審は、Y らの不法行為責任については、建築された建物の瑕疵の「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出てくる」とした上、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して、Y らの不法行為の成立を否定した。

第二小法廷は、上告を受理し、被告らによる不法行為の成立をいう上告受理申立ての論旨に対して判断を示した上、原判決を破棄し、本件を福岡高等裁判所に差し戻した。

## (2) 判旨

「(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ない。このような安全性は、建物としての基本的な安全性というべきである。そうすると、建物の建築に携わる設計者、施工者及び工事監理者(以下、併せて「設計・施工者等」という。)は、建物の建築に当たり、契約関係のない居住者等に対する関係でも、当該建物に建物としての基本的な安全性が欠けることがないように配慮すべき注意義務を負うと解するのが相当である。そして、設計・施工者等がこの義務を怠ったために建築された建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があり、それにより居住者等の生命、身体又は財産が侵害された場合には、設計・施工者等は、不法行為の成立を主張する者が上記瑕疵の存在を知りながらこれを前提として当該建物を買って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

(16) 福岡高判平16・12・16、判例タイムズ1180号209頁、金融・商事判例1280号27頁。評釈として関智文・前掲注(16)・63頁。

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は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。」

### (3) 判決の検討

瑕疵がある建物の建築に関与した設計者、施工者及び工事監理者などの「設計・施工者等」が、不法行為法上、施主以外の第三者に対していかなる内容の注意義務を負うのか、またはどのような瑕疵を生じさせてはならない義務を負うのかについて、これを具体的に判示した最高裁判決はなく、下級審の裁判例および学説においても諸説あった。

もっとも、最判平15・11・14<sup>(17)</sup>は、特に建築士の注意義務について、「建築物を建築し、又は購入しようとする者に対して建築基準関係規定に適合し、安全性等が確保された建築物を提供すること等のために、建築士には…専門家として特別の地位が与えられていることにかんがみると、建築士は、…その規制の実効性を失わせるような行為をしてはならない法的義務があるものというべき」だと判示した。すなわち、建築士は、建築物を購入する者に対して建築基準関係規定に適合し、安全性等が確保された建築物を提供すること等のために、建築基準関係規定の規制の実効性を失わせるような行為をしてはならない法的（私法的）義務を有するものいえる。解することができるように考えられる。しかし、この平成15年判決は、生じている建物の瑕疵との関係において、建築士が負うべき義務の内容を具体的に示しているものではなかった。そこで、建築士を含めた設計・施工者等が第三者に対して不法行為法上どのような内容の注意義務を負うのか、またはどのような瑕疵を生じさせてはならない義務を負うのかについては争いがあった。

#### ①学説

学説の見解は、代表的なものだけでも諸説ある。

##### a) 高橋寿一の見解

高橋寿一は、建築士について、「建築士法2条・18条に掲げる注意義務に違反して第三者に損害…を与えた場合には、不法行為責任を負う」ということを前提に、「設計に際しては、単に法令上の事項を遵守するだけでは足りず、経験則上あるいはその時々々の技術水準に照らして必要とされる注意を払わなければならない」<sup>(18)</sup>とする。その上で「建築士にも専門家としてその職責を果たさすべきであるという私見によれば初歩的ミスであるが故に厳格な責任を問うことによって、建築士の力量の向上を図るべきである」<sup>(19)</sup>と論じる。

##### b) 松本克美の見解

松本克美は「適正な工事の監理をなすべき義務、その前提として建築確認申請書に工事管理をなすべき建築士名を掲載すべき義務は、単なる行政上の取締規定としての性格にとどまらず、建築士法、建築基準法に規定された立法目的の実現のために不可欠な実質的な

(17) 民集57巻10号1561頁、判例タイムズ1139号73頁。

(18) 高橋寿一「建築士の責任」川井健編『専門家の責任』日本評論社・1993年・413-414頁。

(19) 高橋寿一「専門家の責任」川井健＝塩崎勤 編『専門家責任訴訟法』青林書院・2004年・151頁。

行為義務であって、それは単に建築主との関係だけではなく、欠陥のある建造物が社会的に生み出されないことへの社会的利益にかかわる義務として位置づけることができる<sup>(20)</sup>とする。

#### c) 河合敏男の見解

河合敏男は、建設業者について、建設業法25条の25に基づいて「施工技術の確保に努めなければならない」とする施工技術確保義務を負っていることを理由として、瑕疵ある工事をしたことが施工業者の不法行為責任の根拠となり得るとし、瑕疵が立証されれば、不法行為における故意・過失や違法性が事実上推定されるとする<sup>(21)</sup>。

#### d) 後藤勇の見解

後藤勇は、いわゆる「設計・施工者等」についてではなく注文者についてだが、「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のない限り、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はなかろうか<sup>(22)</sup>」として、請負人の不法行為責任を限定する見解を示す。

### ②裁判例

他方で、裁判例についても、最高裁はもとより下級審判決においても一様ではない。

#### a) 不法行為成立の要件として「強度の違法性」を要求する裁判例

まず、上述のように、本件原審の福岡高判平16・12・16がこの立場に立つものである。

また、例えば、東京高判昭50・6・30は、本件建物の買主として、請負人である控訴人に対し製造物責任を追及するには、(1)製造物責任の対象である商品とは、その物品の種類・規格・構造・使用原材料・副資材・製作技術工程・性能等および流通過程の重要部分に関し、契約によつて消費者又は利用者の意思を介入する余地がなく、製造業者らの一方的意思で右のようなことが決定される商品でなければならず、(2)原則として完成した商品でなければならず、(3)製造物責任の責任主体は、原則として、当該商品の生産に関する重要事項について事実上の決定権をもつ者および当該商品の流通過程に関し事実上の支配力をもつ者でなければならず、(4)製造物責任によつて保護される損害は、原則としてその商品の瑕疵・欠陥によつて消費者その他の第三者の被つた人的・物的損害、即ち、講学上のいわゆる「積極的債権侵害」でなければならず、と判示した<sup>(23)</sup>。神戸地判平9・9・8は「請負人が瑕疵ある建物を建築した場合、それが請負人の責めに帰すべき事由による場合であっても、請負人は民法六三四条以下に規定された瑕疵担保責任を負うにすぎず一般の債務不履行責任を負わないと解するのが相当であることからすれば、請負人が注文者や第三者に対し不法行為責任を負うのは、注文者やその後の建物取得者の権利や利益を積極的に侵害する意思で瑕疵ある建物を建築した等の特段の事情がある場合に限られると解すべきである<sup>(24)</sup>」と判示する。大阪地判平12・9・27は「不法行為が成立するというためには、

<sup>(20)</sup> 松本克美「欠陥建売住宅の売主及び建築確認申請に名義貸しをした建築士の責任」ジュリスト1192号218頁。

<sup>(21)</sup> 齋藤隆編著『[改訂版] 建築関係訴訟の実務』新日本法規出版社・2005年・300頁〔河合敏男〕。

<sup>(22)</sup> 後藤勇「請負建築建物の瑕疵がある場合の損害賠償の範囲」判例タイムズ725号13頁。

<sup>(23)</sup> 判例タイムズ330号287頁、金融・商事判例485号27頁。

当該行為により生命・身体・健康，所有権及びそれに準ずる法律上保護に値する利益（いわゆる完全性利益）が侵害されたといえることが必要であり，単に，契約に従った目的物の給付を受ける利益（債務者の行為を通して債権者が獲得しようとしている利益）のような契約法上の利益が侵害されたというだけでは，詐欺行為等があった等特段の事情がない限り，不法行為が成立する余地はなく，右契約法上の利益侵害による損害賠償は，契約法上の責任として処理すべきである。

したがって，建物の施工者が建築した建物に瑕疵が存在する場合でも，右瑕疵により，注文者やその後建物を取得した第三者の生命・身体・健康，所有権及びそれに準ずる権利等（完全性利益）が侵害されたという場合であればともかく，単に，瑕疵の存在により当該建物自体の価値が低いというのみでは，原則として，施工者の行為によって建物取得者の権利が侵害されたということとはできない<sup>(25)</sup>とする。

b) 「強度の違法性」要件を要求せず，建築士として業務を誠実に遂行すべき義務（建築士法18条1項）の違反を不法行為成立の根拠とする裁判例

例えば，大阪地判平10・7・29は「建築基準法五条の二及び建築士法三条の三第一項は，延べ面積が一〇〇平方メートルを超える木造建物を建築する場合，必ず一級又は二級建築士でなければ設計及び工事監理をしてはならず，これらに違反した工事をしてはならない旨規定している。

これは，延べ面積が一〇〇平方メートルを超える新築木造建物の安全性を確保するために設けられた強行規定であるから，一級又は二級建築士は，建物の設計及び工事管理をする意思もないのに設計者・工事管理者として届け出ることは許されないのであって，右建物の設計者・工事監理者として届け出た以上は，その業務を誠実に遂行すべき義務を負っているというべきである（建築士法一八条一項参照）<sup>(26)</sup>と判示する。

c) 建築基準法に違反する瑕疵がある場合には不法行為法上の違法があると判示する裁判例

例えば，大阪高判平13・11・7は「建築基準法は，国民の生命，健康及び財産の保護を図るため，建築物の構造等に関する最低基準を定めているところ（法一条），およそ建築物を建築する者は建築基準法に従って建築物を建築して，他人の生命，健康及び財産を侵害しないようにしなければならないのであるから，これに違反して他人の財産を侵害し，損害を被らせたときには，不法行為に基づきその損害を賠償させるのが相当である」<sup>(27)</sup>と判示する。ほかに，大阪地判平3・6・28<sup>(28)</sup>などがある。

d) 設計・施工者等は，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

<sup>(24)</sup> 判例時報1652号114頁，判例タイムズ974号150頁。判例評釈として，國井和郎・判例タイムズ988号62頁。

<sup>(25)</sup> 判例タイムズ1053号137頁。判例評釈として，國井和郎『私法判例リマックス24』42頁。

<sup>(26)</sup> 金融・商事判例1052号40頁。

<sup>(27)</sup> 判例タイムズ1104号216頁。

<sup>(28)</sup> 判例時報1400号95頁，判例タイムズ774号225頁。判例評釈として栗田哲男・判例タイムズ786号42頁。

#### 慮すべき注意義務を負うとする裁判例

本19年判決は、「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から…不法行為に基づく請求は理由がない」とした原審の判断を是認せず、「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、当該建物の建築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の建築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収し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」と判示して、この安全性の例を「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」として、本件を福岡高等裁判所に差し戻した（一部破棄差し戻し、一部棄却）。

#### (4) 小括

##### ①19年判決に関する議論

上述のように、本判決は、設計・施工者等が建物を建築するに当たり、当該建物の建築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わせたものである。なお、このような判決が出された背景には、当時の耐震偽装問題の現実的な影響があろうことも指摘<sup>(29)</sup>されているが、と思われるが、理論的にも様々な議論を生んだ。

本稿の主たる関心からそれるので、指摘のみにとどめるが、例えば、判例の示した枠組みを「安全性信頼利益」と呼ぶもの<sup>(30)</sup>、連鎖的契約や複合的契約として処理する解釈論<sup>(31)</sup>、直接訴権の実質的实现事例と見る見解<sup>(32)</sup>、不法行為に基づく差止請求への発展の模索<sup>(33)</sup>、また、製造物責任との比較から、建物としての「欠陥」を議論し、これを肯定<sup>(34)</sup>した上で、建物としての「欠陥」を含む「絶対的瑕疵」と「売主の担保責任」に含まれる程度の「相対的瑕疵」を峻別し、本判決の射程を前者に限定する分析<sup>(35)</sup>、さらには本件の中古住宅市場整備への影響の考察<sup>(36)</sup>などがなされている。

##### ②控訴審判決

19年判決の控訴審は、19年判決が示した「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」

(29) 多数存在するが、さしあたり円谷峻『平成19年度重要判例解』有斐閣90頁など。

(30) 石橋秀起「建築士および建築施工者の不法行為責任」立命館法学324号381頁参照。

(31) 平野裕之・判批・民商法雑誌137巻4 = 5号454-456頁、荻野奈緒・判批・同支社法学60巻5号457-458頁。

(32) 平野裕之・判批・前掲注(31)・456頁。

(33) 飯屋篤子・判批・速報判例解説4・日本評論社・76頁。

(34) 新堂明子・判批・NBL890号61頁。

(35) 鎌野邦樹・判批・NBL875号15-17頁。

(36) 秋山靖浩「欠陥建物・最高裁判決とその意義」法学セミナー637号42-45頁。

という枠組みを用いつつも、これを瑕疵の中でも、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、独自の限定を加えている。この限定の意味は非常に興味深いものであるが、これもここでは指摘<sup>(37)</sup>のみにとどめる。

### 3 まとめ

14年判決および19年判決において、欠陥住宅における損害賠償請求の道は開けたといわれている<sup>(38)</sup>。その一方で、さらに発展的な課題も見出されている。すなわち、14年判決では、形の上では「建替え費用相当額」が問題になっているが、その原審判決では、すでに、3830万余円の建替え費用相当額から、「当事者の衡平」を根拠に、「居住利益」名目で600万円を控除して賠償が命じられている。これは、建替え費用賠償を否定する論拠であり、建替え費用の賠償を認めると、瑕疵ある建物への過去の無償の居住により賃料相当額の利益を得、また建替え費用での建物の新築により耐用年数の伸びた建物を取得し利得を得るという「注文者二重取り」を考慮したものと推測されるが、このような取扱いは果たして正当であるのか、というものである<sup>(39)</sup>。

このような、建て替え費用の賠償が認められる場合、注文者・買主等が引渡しを受けてから当該瑕疵ある建物に居住してきた使用利益（居住利益）を控除すべきかどうか、については、従来見解が分かれてきた。

また、「たとえ契約関係にない者に対して欠陥住宅の施工者らが不法行為責任を負うとしても、それはあくまで建物居住者らの生命、身体、財産という完全性利益に対する侵害があった場合に限られ、建物以外の権利に対して侵害がない状況においては、不法行為責任の基礎となる「損害」は発生しているとはいえないのではないか<sup>(40)</sup>、という疑問もある。

これらの点について最高裁の判断が示されたものが、以下において検討する最判平22年6月17日判決である。そこで、以下では上述の諸論点を中心に同判決を分析するとともに、これらの論点をめぐる学説や下級審の議論についてもあわせて検討する。

## Ⅲ 22年判決の意義と射程

### 1 22年判決<sup>(41)</sup>

#### (1) 事案

Y 1 は、Y 2 との間で、鉄骨造スレート葺3階建ての居宅である本件建物の建築を目的とする請負契約を締結した。その工事の施工はY 2 が、その設計及び工事監理はY 3 及びY 4 が行い、本件建物は平成15年5月14日までに完成した。

Xらは、平成15年3月28日、上告人Y 1 から、代金3700万円で、持分を各2分の1として本件建物及びその敷地を購入した。Xらは、同年5月31日、本件建物の引渡しを受け、

<sup>(37)</sup> 詳細は、松本克美「建物瑕疵に対する設計・施工者等の不法行為責任と損害論」立命館法学324号27頁以降を参照されたい。

<sup>(38)</sup> 例えば、朝日新聞2007年7月7日付朝刊等。

<sup>(39)</sup> 原田剛・判批・『不動産取引判例百選 [第3版]』有斐閣・2009年・159頁。より詳細には、同「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」法と政治59巻3号8頁および同『請負における瑕疵担保責任 [改訂版]』成文堂・2009年・169-171頁、同331-332頁も参照。

<sup>(40)</sup> 古積健三郎・判批・速報判例解説z 18817009-00-030420550・2頁参照。

<sup>(41)</sup> 民集64巻4号1197頁、裁判所時報1510号1頁、判例時報2082号55頁、判例タイムズ1326号111頁。

以後これに居住している。

本件建物には、柱はり接合部に溶接未施工の箇所や、突合せ溶接（完全溶込み溶接）をすべきであるのに隅肉溶接ないし部分溶込み溶接になっている箇所があるほか、いくつかの構造耐力上の安全性にかかわる重大な瑕疵があるため、これを建て替えざるを得ない。

そこで、本件建物を購入したXらが、当該建物には構造耐力上の安全性を欠くなどの瑕疵があると主張して、その設計、工事の施工等を行ったYらに対し、不法行為に基づく損害賠償等を求めたものである。

第一審の名古屋地判平20・11・6<sup>(42)</sup>は「瑕疵の修補のために建物の建替えを要する場合には、建替費用の全額を賠償する責任を負うべき」として、損害賠償責任を認める一方で、口頭弁論終結時までの遅延損害金の限度で、これと居住利益を損益相殺するとして居住利益控除が認められた。

Yらが控訴した原審の名古屋高判平21・6・4<sup>(43)</sup>は、Yらの不法行為責任を肯定した上、本件建物の建て替えに要する費用相当額の賠償責任を認めるなどして、Xらの請求を各1564万4715円及び遅延損害金の支払を求める限度で認容すべきものとした。そして、Xらがこれまで本件建物に居住していたという利益や、Xらが本件建物を建て替えて耐用年数の伸長した新築建物を取得するという利益は、「本件建物は、安全性を欠いた欠陥住宅であるといえるから、Xらは、やむなくこれに居住しているものと推認できること…等の本件の事実関係の下においては、Xらが本件建物に居住していることにつき、損益相殺の対象とすべき利益（居住利益）があるとする事はできない」として、建て替えに要する費用相当額の損害額から控除すべきではないと判示した。

## (2) 判旨

最高裁判所は「売買の目的物である新築建物に重大な瑕疵がありこれを建て替えざるを得ない場合において、当該瑕疵が構造耐力上の安全性にかかわるものであるため建物が倒壊する具体的なおそれがあるなど、社会通念上、建物自体が社会経済的な価値を有しないと評価すべきものであるときには、上記建物の買主がこれに居住していたという利益については、当該買主からの工事施工者等に対する建て替え費用相当額の損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として損害額から控除することはできない」と判示した。

また、宮川光治裁判官の以下の補足意見がある。

「建物の瑕疵は容易に発見できないことが多く、また瑕疵の内容を特定するには時間を要する。賠償を求めても売主等が争って応じない場合も多い。通常は、その間においても、買主は経済的理由等から安全性を欠いた建物であってもやむなく居住し続ける。そのような場合に、居住していることを利益と考え、あるいは売主等からの賠償金により建物を建て替えると耐用年数が伸長した新築建物を取得することになるとして、そのことを利益と考え、損益相殺ないし損益相殺的な調整を行うとすると、賠償が遅れば遅れるほど賠償額は少なくなることになる。これは、誠意なき売主等を利するという事態を招き、公平ではない。重大な欠陥があり危険を伴う建物に居住することを法的利益と考えること及び建

(42) 欠陥住宅被害全国連絡協議会編『消費者のための欠陥住宅判例 [第5集]』民事法研究会・2009年・44頁。

(43) 欠陥住宅被害全国連絡協議会編・前掲注(42)・60頁、消費者法ニュース82号264頁。

物には交換価値がないのに建て替えれば耐用年数が伸長するなど考えることは、いずれも相当でないと思われる」というものである。

## 2 損益相殺に関する学説・裁判例の状況

上述のように、いわゆる使用利益ないし居住利益を控除するか否かについては、議論が分かれてきた。

### (1) 控除肯定説

控除を肯定する学説・判例は、その根拠の違いにより、さらに2分される。

#### ①使用利益控除説

これは、注文者・買主等が当該建物に居住するなどして、これを使用してきたという利益（使用利益）に着目し、注文者・買主等は損害額として得た金員により改めて新築建物を取得することができるのに加え、賃借料相当額の使用利益をも享受していたことになるから、これを損害額から控除すべきであるとするものであり、「使用利益控除説」などと呼ばれる。

使用利益控除説に立つ学説として、「建物の瑕疵の程度にもよるが…居住利益を零とみるのは妥当ではないであろう。取り壊して再築する以外にないような建物であっても、倒壊等の危険や不快感、嫌悪感等に悩まされながらも…代替家屋を借りることなく居住を続けた場合は、それによって一定の利益を得たとみるのが常識に適う」<sup>(44)</sup>、「公平の観点からは、事案ごとに存する個別事情を総合して算出される居住利益分を控除することは認めてよいのではないか」<sup>(45)</sup>、「建替えをしなければならぬと主張していながら居住し続けることは自分の所有不動産であっても衡平に適うとは言えないから、…（建替え費用から居住利益等を控除する）配慮がなされる必要がある」<sup>(46)</sup>などがある。

裁判例として、京都地判平12.11.22<sup>(47)</sup>は全面解体して新築するしか方法がないような価値が零に近い建物であっても「完成以来今日まで約6年9か月にわたって倒壊、大きな傾き等の重大な支障なく原告の住宅としての役割を果たしてきたことに鑑みると、少なくともその使用利益相当額の価値を認めるものが相当である」とし、京都地判平16.2.16<sup>(48)</sup>は瑕疵担保責任の主張までの期間の使用料相当額を損害から控除するとし、解体費用や転居費用については、建替えの具体的な予定がなければ認めないとする、もの等がある。

#### ②経年減価控除説

他方で、建物は訴訟期間中等の経年による劣化により減価するはずであるのに、損害額として得た金により建物を新しく建て替えることによって、注文者・買主等は結果的に耐用年数が伸長した新築建物を取得することができることに着目し、当該経年減価分を損害

(44) 半田吉信・判例時報1818号（判例評論533号）196頁。

(45) 松本克美ほか編『専門訴訟講座(2)建築訴訟』民事法研究会・2009年・838-839頁〔濱本章子〕。

(46) 堀井敬一「修補と建替え」中野哲弘＝安藤一郎編『新・裁判実務大系27住宅紛争訴訟法』青林書院・2005年・207頁。

(47) 欠陥住宅被害全国連絡協議会編『消費者のための欠陥住宅判例〔第2集〕』民事法研究会・2002年・314頁。

(48) 欠陥住宅被害全国連絡協議会編『消費者のための欠陥住宅判例〔第3集〕』民事法研究会・2004年・446頁。

額から控除すべきであるとするものであり、「経年減価控除説」などと呼ばれる。

経年減価控除説に立つ学説として、引渡し後、最初に修補ないし損害賠償を請求した時点までの建物の価値の経時的な低下や耐用年数の経過を無視することは妥当ではなく、建替えに要する費用から、これらによる経済的価値の上昇や耐用年数の延長による利益を損益相殺するのが適切であるとしつつ、建替えまでの建物の使用利益を損益相殺する必要はまったく認められないとするもの<sup>(49)</sup>がある。

裁判例として、神戸地姫路支判平7・1・30<sup>(50)</sup>は「本件建物の引渡しを受けたのち本件口頭弁論終結時までの12年余りの間、家族とともに本件建物に居住してこれを使用している事実が認められ、…再施工による補修がなされれば、耐用年数の伸長した建物等を取得する結果となる。かかる結果は、本件建物の補修以上の利益を被告にもたらすものであり、損害の公平な分担の見地から、これを是認することはできない」とするもの等がある。

なお後藤勇は、建て替え費用相当額の損害賠償を認めないとする説に立った上で、「建て替え費用の賠償請求を認めた場合には、実質的にも、次のような不合理がある」として「瑕疵ある請負建築建物の建て替え費用の賠償を認めた場合には、注文者は、通常、その請求のときを基準とした請負建築建物と同一の建物を新築する代金の賠償を受けられることになるが、注文者は、右建て替え費用の賠償を受けるまで、何年間も、無償で当該瑕疵ある建物に居住し、あるいは右建物で営業を営んで、少なくとも、当該瑕疵ある建物の賃料相当額（ただし、右賃料相当額から地代相当額を差し引いた額）を利得していることになる」<sup>(51)</sup>ので不当であるとする。

## (2) 控除否定説

これに対し、控除否定説は①注文者・買主等は倒壊等の危険にさらされながら瑕疵のある建物をやむなく使用しているのであって、これを利益とみることはできないこと、②控除肯定説によれば、請負人・売主等が長期間にわたって争えば争うほど経年による建物価値の低下により賠償額が低くなるという結果を生み、公平でないこと、③注文者・買主等の使用はその所有権に基づくものであって当然の権利であること、などを挙げて、使用利益や耐用年数伸長分の利益を損害額から控除すべきではないとする。

控除否定説に立つ学説としては、澤田和也が、上述の後藤勇の議論を批判的に考察しながら控除否定論を展開するもの<sup>(52)</sup>、また、この澤田の議論を踏まえ、「欠陥住宅にしかたなく居住していたことが「利益」や「不当利得」と法的に評価できるか疑問である。果たして欠陥住宅を他人に賃貸して相当な賃料を得られるのだろうか…欠陥住宅への居住は「利益」ではなく、むしろ「不利益」を継続的に被ったと評価すべき問題である。しかも被害者は、売買代金ないし請負代金を支払って居住しているのだから、自分の不動産に居住したのであって、法律上の原因のない「不当利得」ではないはずである」として「居住利益の不当利得返還請求権自体が成立しない」とし、同様に請負契約における「使用利益」

(49) 青山邦夫＝夏目明德「工事の瑕疵」大内捷司編『住宅紛争処理の実務』判例タイムズ社・2003年・145頁。

(50) 判例タイムズ883号218頁，判例時報1531号92頁。

(51) 後藤勇『請負に関する実務上の諸問題』判例タイムズ社・1994年・85頁以下。

(52) 澤田和也『法律実務家・建築関係者のための欠陥住宅紛争の上手な対処法』民事法研究会・1996年・137頁以下，特に147-150頁。

も存在せず、返還義務もないとするもの<sup>(53)</sup><sup>(54)</sup>、契約が解除されていない場合は建物の所有権によって建物使用につき法律上の原因があることを前提に「建物の瑕疵は、たとえ基礎部分・構造部分に関するものについては、しばしば容易に発見できないことがあり、さらには、代替建物が容易に得られない場合には、危険を承知でも使用し続けなければならない事情もありうるから、それを使用し続けたということをもってただちに建物に使用価値があったということは導けない」とするもの<sup>(55)</sup>等がある。

裁判例として、居住利益の控除を否定した大阪地判10・12・18<sup>(56)</sup>は、居住利益等について「原告らが本件売買契約締結時から9年を経過した本訴提訴時まで本件建物に居住してきた利益を控除しないのは公平の原則に反する旨主張するが、本件建物の売買契約が解除されていない本件にあっては、原告らの居住は本件建物の所有権に基づくものであり、右利益を被告らに返還すべきものとの立論は採用できない」とし、神戸地判昭61.9.3<sup>(57)</sup>は「原告は、本来、本件売買時から欠陥（瑕疵）のない建物に居住し得たのであって、賃料相当額の控除云々は全く失当である」とする。また、経年減価分の利益の控除を否定した前掲京都地判平16.2.16<sup>(58)</sup>は、経年減価分の利益の控除を否定しつつも瑕疵担保責任の主張までの期間の使用量相当額は損害から控除することを肯定するという判断をしている。なお、特段の理由を付すことなく使用利益等を控除せずに建て替え費用相当額の損害賠償請求を認容した裁判例<sup>(59)</sup>も散見される。

### 3 22年判決のまとめと評価

上述のような議論があった中で、22年判決は、建物の重大な瑕疵により建て替えざるを得ない場合において、この建物に注文者・買主等が居住していたという利益（居住利益）を注文者・買主等からの工事施工者等に対する建て替え費用相当額の損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整をして損害額から控除することはできないことを示した点で意義がある。学説も、本件判断をおおむね好意的に評価しているようである<sup>(60)</sup>。

もっとも、22年判決の射程や今後の展望については、注目すべきいくつかの見解が示されている。

まず、「社会通念上、建物自体が社会経済的な価値を有しない」ほどの瑕疵がある場合について、賠償額から居住利益を控除しないことの理由を判決が示していないという点である<sup>(61)</sup>。ここで、宮川幸治裁判官の補足意見に目を向けると、建物の瑕疵は容易ではなく、賠償請求も困難で時間がかかる場合が多いので、通常は、買主はその建物にやむなく居住

<sup>(53)</sup> 松本克美「欠陥住宅訴訟における損害調整論・慰謝料論」立命館法学289号69-71頁。

<sup>(54)</sup> 「居住利益」ではなく「居住不利益」であるとして、むしろ慰謝料の増額要素であると指摘する。詳細は、松本克美・前掲注<sup>(53)</sup>、松本克美ほか・前掲注<sup>(45)</sup>・17頁〔松本克美〕を参照。

<sup>(55)</sup> 笠井修・判批・NBL764号72-73頁。

<sup>(56)</sup> 欠陥住宅被害全国連絡協議会編『消費者のための欠陥住宅判例〔第1集〕』民事法研究会・2000年・82頁。

<sup>(57)</sup> 判例時報1238号118頁。本件評釈として古賀哲夫・判批・法律時報60巻5号92頁がある。

<sup>(58)</sup> 欠陥住宅被害全国連絡協議会編・前掲注<sup>(48)</sup>・446頁。

<sup>(59)</sup> 大阪高判昭58.10.27判例タイムズ524号231頁、大阪地判昭59.12.26判例タイムズ548号181頁、名古屋地判平17.10.28欠陥住宅被害全国連絡協議会編『消費者のための欠陥住宅判例〔第4集〕』民事法研究会・2006年・286頁等。

<sup>(60)</sup> 北居功・判批・判例セレクト2010〔1〕・20頁など。

<sup>(61)</sup> 松本克美・判批・消費者法ニュース85号257頁。

し続けているだけで、これを居住利益と考えたり、売主等からの賠償金により建物を建て替えると耐用年数が伸長した新築建物を取得することになるとしたりすれば、賠償が遅れば遅れるほど賠償額は少なくなる。これは、「誠意なき売主等を利するという事態を招き、公平ではない」。また、建物には交換価値がないのに建て替えれば耐用年数が伸長するなど考えることは、相当でない、とする理由を述べている。これは例えば上述の「居住不利益」論<sup>(62)</sup>やドイツにおける売買・請負における瑕疵追完の際の利益返還論<sup>(63)</sup>とも通底するものとされる。その意味でも、宮川裁判官の補足意見は注目に値するが、他方で、これが多数意見とはなっていないことも忘れてはならない。「誠意なき売主等を利するという事態を招き、公平ではない」とは言えないような場合、つまり他者を害するような趣旨で裁判の長期化を図るようなものではなく、正当な争いとして裁判に時間がかかった場合などはどのように判断するのか、今後の検討課題となろう<sup>(64)</sup>。

また、22年判決は、重大な瑕疵があって建物に社会経済的な価値がない場合においては、居住利益も建物の耐用年数身長利益の控除も否定したという、いわば事例判決であるという点である<sup>(65)</sup>。つまり、社会経済的な価値が零とまではいえないが瑕疵のある建物の場合にも本判決のような結論が妥当といえるのかについて、判決からは読み取ることができないのである。とはいえ、零ではない場合は本判決の射程外であると明確に述べているわけでもない。その点で、この射程の範囲がどこまで及ぶかが議論の対象となると解される。

そして、これは別の側面、すなわち理論的な側面からの考察である。22年判決と関連づけて、損益相殺制度について、潮見佳男が以下のように述べる。すなわち「利得禁止の理念と結びつけられた損益相殺制度は、不法行為損害賠償法が原状回復の理念と結びつけて「損害」要件のもとで考察しようとしていたのとは異質の観点からの規範的な評価、すなわち、①不法行為を契機として被害者が得た「利益」ではあるものの、権利・法益の有する価値を体現していないもの——したがって、「損害」との重複という観念を入れることができないもの——を、被害者が保持することが正当化されるか否かの判断、そして、②その「利益」保持が正当化されない場合に、これを「損害」からの「利益」控除（＝損益相殺）の方法により加害者に移転すべきか否かの判断を担っているものとみるべきである。この2つの意味での正当性が肯定されてはじめて、損益相殺（ないし損益相殺的調整）による「利益」控除が認められるべきだということになる」<sup>(66)</sup>と述べる。22年判決以前の諸議論も、この枠組みでとらえうると考えられるが、22年判決に即してみれば、①の正当性も②の正当性も肯定されず、損益相殺ないし損益相殺的調整は認められないということになろう。また、22年判決の射程についての前述の議論を考えるうえでも、この枠組みで射程を図ることは有益であるように思われる。

(62) 松本克美・判批・前掲注(61)・257頁。

(63) 古積健三郎・判批・前掲注(40)・4頁。詳細は、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」法と政治59巻3号。

(64) 松本克美・判批・前掲注(61)・257頁を参照。

(65) 松本克美・判批・前掲注(61)・257頁。

(66) 潮見佳男「不法行為における財産的損害の「理論」——実損主義・差額説・具体的損害計算」法曹時報63巻1号57頁。

#### Ⅳ むすび

以上のように、重大な瑕疵のある建物の損害賠償における居住利益の損益相殺の可否については、諸々の議論および14年判決、19年判決を経て、22年判決において一定の評価が示された。すなわち、建替えを要するような価値が零に等しい建物の損害額から居住利益を損益相殺することはできないというものである。

もっとも、この22年判決にも課題がないわけではない。その1つが、建替えを要するほどではない、価値が零とは言えない瑕疵のある建物の場合はどうかというものであり、22年判決の射程についての議論である。これについては、宮川裁判官の補足意見やドイツ法の動向も参考になるが、今後の判例の積み重ねにも注目する必要があることを明らかにした。

さらに、22年判決が残した損益相殺の課題について、より大きな視点、すなわち損益相殺という制度を巡る理論の検討の必要性も明らかにした。具体的には、潮見佳男などの有力説が述べるような枠組みで本判決および補足意見の妥当性を捉えなおすという課題である。これは、本判決の射程の広がりにもかかわるものであるが、類似の判例との際の検討、さらにはこの有力説の議論の妥当性の検証も必要となろう。判例の蓄積を待つとともに、今後の課題としたい。

#### 【追補】

本稿脱稿後、松本克美・判批・法律時報83巻4号143頁に触れた。紙幅の都合で詳細な分析は他日を期さねばならないが、基本的に同・判批・前掲注(51)の論旨をより詳細に展開したものであるといえる。参照されたい。

## 〔抄 録〕

居住用建物に重大な瑕疵があった場合、買主・注文者が売主・請負人に対してどのような請求ができるのかについては従来から議論があった。これに関連して、重大な瑕疵のある建物の損害賠償における居住利益の損益相殺の可否については、諸々の議論および14年判決、19年判決を経て、近時の22年判決において一定の評価が示された。すなわち、建替えを要するような価値が零に等しい建物の損害額から居住利益を損益相殺することはできないというものである。

もっとも、この22年判決にも課題がないわけではない。その1つが、建替えを要するほどではない、価値が零とは言えない瑕疵のある建物の場合かどうかというものであり、22年判決の射程についての議論である。これについては、宮川裁判官の補足意見やドイツ法の動向も参考になるが、今後の判例の積み重ねにも注目が必要である。また、22年判決が残した損益相殺の課題について、より大きな視点、すなわち損益相殺という制度を巡る理論の検討がおこなわれており、今後の判例研究との架橋が必要となる。