

建物の基本的安全性の瑕疵に関する 不法行為責任について

—— 最判平成19年7月6日及び同平成23年7月21日を契機として ——

法科大学院講師 大澤 逸平

はじめに

I 問題状況

- 一 本件各判決の紹介と検討
 - 1 事案と上告までの経過
 - 2 最判①②の分析
 - 3 小括
- 二 建物の基本的安全性の瑕疵に起因する損害に関する不法行為責任と予防費用の支出
 - 1 瑕疵から現実に損害が生じた場合
 - 2 瑕疵修補費用の負担

三 小括

II 試論

- 一 被侵害法益の主体≠賠償請求の主体
 - 1 「被侵害法益の主体≠損害賠償の主体」の構造とその背景
 - 2 賠償金に付される制約
- 二 最判①②の再構成とあるべき解決
 - 1 被侵害法益の主体の賠償請求の主体との乖離とその必要性
 - 2 賠償金に付される制約と請求権者

おわりに

はじめに

いわゆる「欠陥建築物」の建築に関与した者の民事責任（契約責任、不法行為責任）については、そのような欠陥のある建物を凶らずも購入した（してしまった）者の「保護」の必要性が意識され、判例・学説において盛んに議論がなされてきた⁽¹⁾し、近時の判例法の発展も著しい。

そのような中で現れた最判平成19年7月6日民集61巻5号1769頁（以下、「最判①」という。また、最判①が扱った事件を「本件」という）は、後に詳細に検討す

(1) 平成10年代半ば以降の最高裁判例に限っても、以下のような判決が目につく。契約責任については、請負の瑕疵担保責任に基づく立て替え費用相当額の賠償請求を認めた最判平成14年9月24日判時1801号77頁、いわゆる主観的瑕疵を理由とする瑕疵担保責任に基づく損害賠償を認めた最判平成15年10月10日判時1840号18頁、不法行為責任については名義貸建築士の不法行為責任を認めた最判平成15年11月14日民集57巻10号1561頁など。また、最判①が出された後も、不法行為に基づく立て替え費用相当額の賠償請求と居住利益等の損益相殺に関する最判平成22年6月17日民集64巻4号1197頁がある。

るとおり、建物の「基本的安全性」を欠く瑕疵を生じさせたことについて設計・施工者等の不法行為責任に基づく損害賠償請求を認めたものとして大きな注目を浴び、学説上も多くの論考・評釈が公にされている。

もっとも、従来の検討において最判①は、結論として「欠陥建物を購入した者の利益保護」を図ったものとして受け止められているように見える⁽²⁾。たとえば、多くの評釈類においては本件での保護法益が問題とされ⁽³⁾、原告の所有権と捉える見解や⁽⁴⁾原告の「総体財産」への侵害あるいは「純粋経済損害」の問題とみる見解⁽⁵⁾、「建物としての基本的な安全性を確保することにより生命、身体または財産が危険にさらされない」という利益とみる見解⁽⁷⁾、自らの意思によらず工作物責任を負う者として修補費用を負担せざるを得ない立場に置かれない利益とみる見解⁽⁸⁾などが主張されている⁽⁹⁾。あるいは、瑕疵担保責任との抵触が最判①における重大な理論的問題であるとされている⁽¹⁰⁾。これらは、いずれも本件における保護の対象が賠償請求を行って

(2) そのような視点が顕著なものとして、松本克美「建物の瑕疵と建築施工者等の不法行為責任——最高裁2007(平19)・7・6判決の意義と課題——」立命館法学313号(2007)100頁、高橋寿一「最判①判批」金商1291号(2008)2頁。

(3) 最判①における保護法益についての学説の理解については、笠井修「差戻控訴審(後掲福岡高判平成21年2月6日)判批」判評616号(2010)195頁以下も参照。

(4) 鎌野邦樹「建物の瑕疵についての施工者・設計者の法的責任」NBL875号(2008)14頁(ただし、鎌野教授の論旨は、必ずしも建物所有者保護に帰するものではないものを含む。この点については後注(23)参照)、能見善久ほか「シンポジウム・新しい法益と不法行為法の課題」私法73号(2011)21頁〔松本発言〕。

(5) 橋本佳幸「不法行為法における総体財産の保護」論叢164巻1=6号(2009)397頁、413頁。

(6) 山口茂樹「最判①判批」判評593号(2008)186頁、新堂明子「契約と過失不法行為責任の衝突——建物の瑕疵により経済的損失(補修費用額)が生じる例をめぐって」NBL936号(2010)17頁、曾野裕夫「事例から考える民法⑤僕らのお引越」法教371号(2011)101頁。大西邦弘「最判①判批」広島法学32巻1号(2008)97頁も同旨か。

(7) 円谷峻「最判①判批」平成19年度重要判例解説〔ジュリ1354号〕(2008)90頁。

(8) 荻野奈緒「差戻控訴審(後掲福岡高判平成21年2月6日)判批」同志社法学61巻4号(2009)187頁。

(9) 一部の評釈が、いわゆる「建物の基本的安全性」を確保するという設計・施工者等の注意義務違反を基礎とする不法行為が成立するとされたこと自体に焦点を当てている(田口文夫「最判①判批」専修法学論集106号(2009)293頁、花立文子「最判①判批」リマークス37号(2009)48頁など)が、この立場も、被害者が原告であるという前提を当然に共有しているようである。

(10) 新堂明子「建物の瑕疵の補修費用に関する建築請負人の建物買主に対する不法行為責任——最二判平成19・7・6を製造物責任法の観点から考察する」NBL890号(2008)61頁、平野裕之「最判①判批」民商137巻4=5号(2008)438頁、新堂・前掲注(6)、畑中久彌「最判①判批」福岡大学法学論叢53巻4号(2009)463頁。調査官解説である高橋讓「最判①解説」法曹会

る原告らに他ならないという前提に立っている⁽¹¹⁾のである。

しかし、最判①や、これが扱った「基本的安全性を欠く建物」を取り巻く問題状況は、このような欠陥建物を取得した原告らの利益の保護という観点からだけでは十分に把握しきれないのではなかろうか。というのも、最判①が採った、建物の「居住者等」の利益に着目するという手法は、欠陥建物の取得者の保護という要請とは異質な要素を含んでいるように思われるからである。

そこで、本稿においては、本論を大きく二つに分けて、問題を検討していく。

まず、前半部分では、問題状況を明らかにすべく、最判①及びその第二次上告審である最判平成23年7月21日裁時1536号1頁（以下、「最判②」という）において最高裁が示した結論及び理論構成を整理し（I一）、続いて「建物の基本的安全性」を取り巻く利益状況及び法律関係を不法行為法の観点から整理して（I二）、最判①②が包含する課題を明らかにしたい（I三）。

続いて後半部分では、本件と法的構造が類似する場面を——外国法にも素材を求めつつ——取り上げ、そこでの法的構造を比較検討し（II一）、最後に本件が問題とした「建物の基本的安全性」に瑕疵がある状況における修補費用請求の処遇について試論的な検討を行う（II二）。

I 問題状況

一 本件各判決の紹介と検討

1 事案と上告までの経過

(1) 事案

本件は、原告であるXらが、購入した鉄筋コンクリート造9階建のマンション（以下、「本件建物」という）にひび割れや設備関係等の瑕疵があるとして、本件建

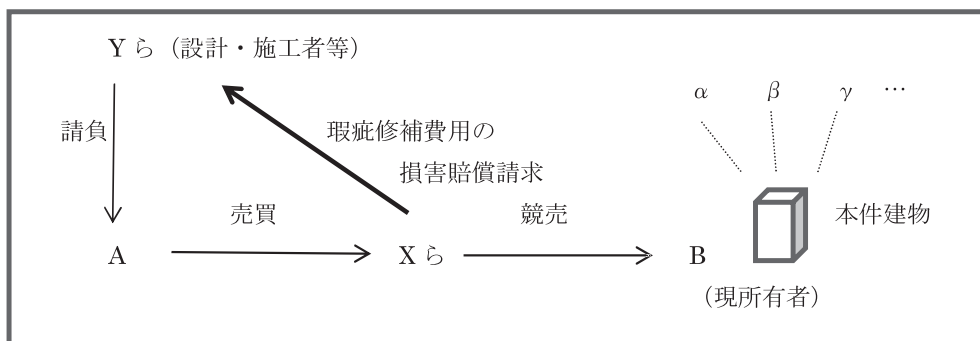
編・最高裁判所判例解説民事篇平成19年度（下）（2010）514頁もこの問題に触れる。

なお、荻野奈緒「最判①判批」同志社法学60巻5号（2008）456頁は、本件では（a）設計・施工者〔Yら〕が施主〔A〕に対して負う契約責任と、設計・施工者等〔Yら〕が建物取得者〔Xら、B〕に対して負う不法行為責任の調整問題と、（b）建物取得者〔XらないしB〕が建物の前主〔XらにとってA、BにとってXら〕に対して追求しうる契約責任と、建物取得者〔XらないしB〕が設計・施工者等〔Yら〕に対して追求しうる不法行為責任の調整問題という、厳密に言えば次元の異なる問題が含まれている、と指摘する。

(11) 荻野・前掲注（8）186頁は、「〔最判①が〕設計・施工者等による居住者等の権利・利益の危殆化があれば、Xらの権利・法益侵害を肯定しうると考えた」ものとしており、居住者等の権利・利益の存在に着目しつつ、最終的にはXらの権利侵害の問題に帰している。

物の建築工事を施工した被告 Y₁ に対しては、①不法行為及び②注文主である訴外 A から譲り受けたと主張する請負契約上の瑕疵担保責任に基づき、本件建物の瑕疵修補費用及び瑕疵に伴う損害の賠償を請求し、また、本件建物の設計及び工事監理をした被告 Y₂ 及び本件建物の売買を宅地建物取引業者として売主 A の代理をした被告 Y₃ に対しては、不法行為に基づき、本件建物の瑕疵修補費用及び瑕疵に伴う損害の賠償を請求した事案である（附帯請求は省略。なお、Y₃ に対する請求は一審判決で棄却され、控訴の対象となっていない）。ただし、本訴提起後、本件建物はすでに競売により X らから第三者に売却されていることに注意したい。

現所有者を B、後述する最判①にいう「居住者等」を α 以下として事実関係を图示したのが下図である。なお、所有者が「居住者等」に含まれることにも留意しておこう。



(2) 一審と控訴審

最判①に至る各審級では、結論において Y₁ や Y₂ に対する瑕疵担保責任に基づく請求を否定しつつ、なお不法行為責任が成立する余地があることを認めているが、理論構成には差異がある。

(i) 一審判決（大分地判平成15年2月24日民集61巻5号1775頁）⁽¹²⁾は、「建築請負人並びに設計・工事監理の委任ないし請負契約を締結した受任者又は設計・工事監理請負人は、それらの契約に基づいて、請負人としての瑕疵担保責任や受任者としての債務不履行責任を負うが、同時に、これらの者の行為が一般不法行為の成立要件（違法性・故意又は過失・損害の発生・因果関係）を充たす限り、不法行為に基づく損害賠償請求権が発生し、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」とし

(12) 以下、民集の頁数を本文の括弧内で示す。

て、瑕疵担保責任と不法行為責任が単純な請求権競合の関係にあるとする(1813頁)。すなわち、「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い」といっているのである。いわば、不法行為責任の成否を検討するにあたって契約上の責任(瑕疵担保責任)の存在を考慮する必要はない、という立場と捉えることができるだろう。

結論として、「不法行為責任は、発生した損害の公平な分担を図る制度で、契約の目的とは無関係であるから、設計で決められた安全率の強度に達しない施工をして瑕疵に当たったとしても、建物の耐久性に支障がない程度の強度であったなら、被害者において補強をすることを余儀なくされるとはいえないので、不法行為上の損害は発生せず、瑕疵担保責任では請求できる補強工事代につき不法行為に基づく損害賠償請求はできない」(1815頁)のではあるが、一審判決の理論構成においては、施工主等の注意義務違反による建物の耐久性低下が生じ、これによって補強工事代という損害が発生する、という構成で不法行為責任が成立する余地が認められているといえる。

なお一審判決は、瑕疵担保責任につき、AからXらへの債権者の地位の承継を認めつつ、引き渡しから1年ないし2年の間での権利行使の事実が立証されていない以上原則として認められないとし(1812頁)、結論としても否定している。

(ii) これに対して、控訴審判決(福岡高判平成16年12月16日民集61巻5号1892頁)は、「確かに不法行為責任は、瑕疵担保責任等の契約責任とは制度趣旨を異に

するが、本来瑕疵担保責任の範疇で律せられるべき分野において、安易に不法行為責任を認めることは、法が瑕疵担保責任制度を定めた趣旨を没却することになりかねない。」として、瑕疵担保責任と不法行為責任の競合が当然には認められない、という立場を前提とする（1917頁）。そして、「請負の目的物に瑕疵があるからといって、当然に不法行為の成立が問題になるわけではなく、その違法性が強度である場合、例えば、請負人が注文者等の権利を積極的に侵害する意図で瑕疵ある目的物を製作した場合や、瑕疵の内容が反社会性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。」具体的には、「請負人である一審被告らが本件建物の所有者の権利を積極的に侵害する意図で瑕疵を生じさせたという場合や、当該瑕疵が建物の基礎や構造躯体に関わり、それによって建物の存立自体が危ぶまれ、社会公共的にみて許容しがたいような危険な建物が建てられた場合に限って、一審被告らについて不法行為責任が成立する可能性がある」とする（1918頁）。控訴審判決の立場は、原則として契約にもとづく規律が優先し、例外的に契約責任による規律を潜脱するような不当な意図が当事者に存在したり、契約責任によるのでは公序に反する帰結がもたらされたりする場合に限って、契約にもとづく規律が排除されて不法行為責任が問題となる、という立場であると見ることができる。

なお、控訴審判決においては、一審において認められていた瑕疵担保責任の譲渡という構成がそもそも認められておらず（1916頁）、最判①の判断対象にもなっていない。

2 最判①②の分析

(1) 判旨

(i) 最判①は、控訴審判決を破棄して、次のように判示した（1772頁以下）。「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、これらの居住者や隣人、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」(以上を「判旨①」とする)。「そして、設計・施工者等がこの義務を怠ったために建築された建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があり、それにより居住者等の生命、身体又は財産が侵害された場合には、設計・施工者等は、不法行為の成立を主張する者が上記瑕疵の存在を知らながらこれを前提として当該建物を買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」(以上を「判旨②」とする)。

(ii) 最判①を受けて、差戻控訴審(福岡高判平成21年2月6日判時2051号74頁,判タ1303号205頁)は結論として「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」を否定して請求を棄却した。これに対し、再度の上告を受けた最判②は、本判決に言う「『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』には、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瑕疵も含まれる」として再度破棄差戻しとした。また、最判②は、「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、いったん取得した損害賠償請求権を当然に失うものではない。」とした。

以下、項を改めて、最判①②の導いた結論及び結論に至る論理をたどっていこう。

(2) 結論

(i) 最判①が、結論としていかなる内容の損害の賠償を認めたのか、という点については判文上必ずしも明確ではなく、当初は学説上議論があった。

最判①は、「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」、「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」とする。このような判決文の書きぶりは製造物責任法3条⁽¹³⁾に類似していることから、修理費用や瑕疵があることによる減価分など建物自体に生じた損害については賠償を認めない趣旨と解する余地があるかに見える⁽¹⁴⁾。しかし、同条ただし書に相当する判示が存在しないし、なにより、本件で原告

(13) 製造物責任法3条は「製造業者等は、その製造、加工、輸入又は前条第三項第二号若しくは第三号の氏名等の表示をした製造物であって、その引き渡したものの欠陥により他人の生命、身体又は財産を侵害したときは、これによって生じた損害を賠償する責めに任ずる。ただし、その損害が当該製造物についてのみ生じたときは、この限りでない。」と規定する。

(14) 松本・前掲注(2)122頁,秋山靖浩「欠陥建物・最高裁判決とその意義」法セミ637号(2008)43頁,新堂・前掲注(10)60頁以下。

が請求しているのが瑕疵修補費用ないしこれに相当する損害賠償であり、破棄差戻しによりかかる請求が認容される余地が正面から認められているのであるから、このような理解には無理がある⁽¹⁵⁾。少なくとも、瑕疵修補費用に相当する損害賠償が、Xらに認められる余地があることは明らかである⁽¹⁶⁾。

さて、そうだとすると、最判①②によると、いかなる結果になるであろうか。先述したように、本件訴訟提起時においてXらは本件建物の所有者であったが、第一審係属中に競売によって第三者に売却されたため、口頭弁論終結時にはすでに本件建物の所有者ではない。しかし、最判②は、「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、いったん取得した損害賠償請求権を当然に失うものではない」としている。したがってXらは、瑕疵修補費用相当額の損害賠償を受け取ることになるが、すでに所有者ではないXらが、本件建物の瑕疵を修補するためにこの金員を用いることは想定しがたい。また、本件建物について、原告らの出捐によってすでに補修工事が行われたというような事情も見受けられない⁽¹⁷⁾。このように考えると、本判決が認めた「損害賠償」は、原告らが期待した価値よりも低い価値しか有しなかった本件建物について、「瑕疵修補費用相当額」という名目で、財産的価値の減価分を填補する、という機能を有していると言える。

このような帰結を見ると、最判①②の結論が契約規範との抵触という問題を引き起こしていることは確かである⁽¹⁸⁾。

(ii) ところで本件において、結論として誰に損害賠償請求権が認められることになるのであろうか。最判②によれば、原告が本件建物の所有権を失っても、「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、いったん取得した損害賠償

(15) 松本・前掲注(2) 123頁、新堂・前掲注(10) 61頁、高橋寿一・前掲注(2) 6頁など。

(16) 高橋謙・前掲注(10) 515頁は、現に瑕疵修補を行っていなくても、瑕疵を修補しなければならぬ状況に至ったことをもって「損害」と捉えているようである。しかし、瑕疵が修補されないまま所有権が移転されるという事態をどう捉えるかは不明である。

(17) この点は必ずしも明確ではないが、一審判決によれば、瑕疵修補費用の算定は鑑定による工事費用の見積額を基礎としているから、現実の出捐は生じていないと見られる。また、原告らは本件建物の購入に際して融資を受けたものの、これを支払うことができずに本件建物の競売に至ったのであるから、巨額の補修費用を、Yらから損害賠償等として現実に支払いを受ける以前に支出することは実際上困難であろう。

(18) 仮に、一定期間を経過していることによりYらが責任を免れることが不当である、というのであれば、それは、各種の期間制限に関する規定を無視するに等しい。

償請求権を当然に失うものではない」という。そうであるとすると、現在の所有者と、旧所有者の損害賠償請求権が併存し、本件建物が流通すれば、民法724条による制約がありうるにせよ、賠償請求権者が無限に増え、かつそれぞれの請求権が両立するということになるのだろうか。

この点について、最判①の判旨②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」がある場合には賠償請求権が生じないとしているし、最判②によれば、損害賠償請求権者が修補費用の填補を受ければ、賠償請求権は消滅することになる。そうであるとすれば、新たな所有者への売り渡しの際、瑕疵の存在を前提として代金が算定された場合、新たな所有者は賠償請求権を得ることはないだろう⁽¹⁹⁾。

それでは、瑕疵が明らかにならないまま、本件建物が新たな所有者に移転した場合、瑕疵が明らかになる時点までに所有者であった者がすべて賠償請求権者となり得るのであろうか。この場合、前主が瑕疵のない状態を前提に売却したのであれば、実質的に瑕疵修補相当額を填補されたと見るべきだろう。そうだとすれば、修補費用相当額の損害という前提を欠く。このことは、瑕疵の存在を秘して売却した場合も同様であって、売主は瑕疵による減価分を売却益により填補されていると考えられる一方で、新たな所有者は瑕疵修補費用の負担を負うことになるが、詐欺取消によって所有権が売主に戻る場合はもちろんのこと、契約責任（瑕疵担保責任を含む）を売主に追及した場合には、結局売主が瑕疵修補費用の填補を受けていないと評価されるから、この者に賠償請求権が移転することになろう。結局、最終的に誰が負担するのかという問題は⁽²⁰⁾あるが、賠償請求権者が併存するという事態は避けられると見るべきだろう。

このように見てくると、賠償請求の主体について、二つの上告審判決がもたらした帰結は、次のようにまとめられるだろう。第一に、瑕疵が明らかになった時点までの所有者のうち、修補費用を負担すべき立場にある者が賠償請求を行うことが出来、この者は、その後所有権を失ったとしても、賠償請求権を失わない。第二に、本件建物は、爾後「基本的安全性を欠く建物」として流通することになり、所有権を取得した者は、原則としてその点を織り込んでいるから、賠償請求権を得ることはない。

(19) 第二次上告審判決以前のものではあるが、曾野・前掲注（6）102頁。

(20) これに対し、曾野・前掲注（6）102頁は、併存の可能性を認める。

(iii) 上記 (i) (ii) で検討した結果を併せ鑑みれば、最高裁がもたらしたのは、「建物の基本的安全性」に瑕疵がある建物を取得した者のうち瑕疵による経済的損失を負担せざるを得ない者に、修補費用相当額の賠償を与えて金銭的救済を図る、という帰結であるとみてよいであろう。

(3) 理論構成

さて、このような帰結をもたらした最判①は、どのような理論構成をもって導かれているのであろうか。次にこの点を検討しよう。

(i) 判旨①はまず、「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、これらの居住者や隣人、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。」として、「建物の基本的安全性」が、「居住者等の生命、身体又は財産」に危険を及ぼさないために確保されるべきものであると指摘する。また、ここでは、「居住者」にとどまらず様々な者が建物の周辺には存在していることが指摘されていることも注意が必要である。判旨のこのような口吻からは、主として建物の基本的安全性を欠くことによって建物以外への侵害（拡大損害）が生じることを想定しているようにも見えたのであった。⁽²¹⁾

最高裁はその上で、「そうすると、建物の建築に携わる設計者、施工者及び工事監理者（以下、併せて「設計・施工者等」という。）は、建物の建築に当たり、契約関係にない居住者等に対する関係でも、当該建物に建物としての基本的な安全性が欠けることがないように配慮すべき注意義務を負うと解するのが相当である」と述べる。この判示自体は前段部分の当然の帰結であろう。建物の「基本的安全性」確保は、「居住者等」に対する関係で課される注意義務であるというわけである。⁽²²⁾

(21) 前述の製造物責任法3条との関係での議論を参照。また、原田剛「建物の瑕疵に関する最近の最高裁判決が提起する新たな課題——追完の場合の利用利益返還問題および瑕疵のある建物の『権利侵害』性——」法と政治59巻3号（2008）763頁も参照。

(22) この点は、建築士等の責任が問題となった前掲注（1）・最判平成15年11月14日と大きく異なる点である。同最判は「建築士は、その業務を行うに当たり、新築等の建築物を購入しようとする者に対する関係において、建築士法及び法の上記各規定による規制の潜脱を容易にする行為等、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」（傍点引用者）としており、あくまで建物購入者との関係を問題にしていた。

たしかに、「基本的安全性のある建物」は建物所有者にとっても重大な関心事である。した

このように、最高裁は、「建物の安全性」が「居住者等」に関わる利益であることを理由に、「設計・施工者等」の建物の基本的安全性確保に向けられた注意義務を導いている。このような構成が有する重要な特徴を指摘しておこう。

第一に、「建物の基本的安全性」が、所有者である居住者だけでなく、隣人、通行人などにも関わるものであると位置づけられている点である⁽²³⁾。このように利害関係人を広げることは、いくつかの点で重要な意義を有する。

その一は、請求権競合問題との関連である。もし「建物の基本的安全性」が所有者の利益にのみかかわるとすれば、かかる利益は、当該建物の取引において放棄されることがあり得る。しかしながら、ひろく「居住者等」との関係で設計・施工者等の建物の基本的安全性を確保する義務が課されているとすれば、かかる義務は、契約当事者による処分に服さないはずである⁽²⁴⁾。この点は、最判①が、一審判決・控訴審判決と異なり、契約責任との関係について何ら言及せず、せいぜい、念押し的に、結論が「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」ことを指摘しているに過ぎないこととも整合するように思われる。一審判決も控訴審判決も、Xらの不法行為に基づく請求を認めることが契約責任との抵触を生じないか（両責任を認めることは請負人の責任の期間制限を潜脱しないか）、という形で問題を設定していた⁽²⁵⁾。しかし、このような問題設定は、当事者が設定した契約規範と不法行為規範が抵触しうるからこそ可能となるのであって、言い換えれば、仮に法条競合の立場を取るとしても、当事者が不法行為規範を契約規

がって、かかる利益を保護法益として正面から肯定することも（その当否はともかくとして）あり得たはずであるが、最高裁はこのような構成を採らなかったわけである。

(23) 鎌野・前掲注(4) 14頁は、建物の基本的安全性を欠くという「絶対的瑕疵」を放置することが「社会的に許されない」と指摘しており、この問題が建物所有者の利益のみにかかわらないものであることを正当にも指摘している。もっとも、このような「絶対的瑕疵」を是正する義務をいかなる者が負うか、という観点からの分析は必ずしも十分に行われていない。

(24) 荻野・前掲注(10) 464頁が、「本判決は、設計・施工者等に対して、契約上の義務とは別に、広く居住者等との関係で負う社会生活上の注意義務を措定した」とするものもほぼ同旨か。もっとも、同評釈においては、なおも「(b) 建物取得者〔XらないしB〕が建物の前主〔XらにとってA、BにとってXら〕に対して追求しうる契約責任と、建物取得者〔XらないしB〕が設計・施工者等〔Yら〕に対して追求しうる不法行為責任の調整」が問題とされている（同所）ことからすると、本件訴訟においてXらの個人的利益が問題とされているという前提は他の評釈類と共有されていると見て良いだろう。

(25) 高橋謙・前掲注(10) 514頁も、本判決が「契約責任である瑕疵担保責任の存在が不法行為責任の範囲を限定するような趣旨があるとは解していない」という。

範によって排除できる場面であることが前提となる。そして、当事者が契約規範によって操作できるのは、原則として、当事者自身の権利・利益に関わる範囲のみであるはずである。このことをふまえるならば、「建物の基本的安全性」は、Xのみの利益に関わるものではなく、不特定の「居住者等」の利益に関わるものであるから、仮に、設計・設計者等が、不特定の「居住者等」との関係で「建物の基本的安全性を確保する義務」を負うのだとすれば、これを設計者等やXらが契約によって操作（排除）することはできない⁽²⁶⁾。したがって、最判①は、設計者等の注意義務を広く「居住者等」との関係で設定することによって、——前述した結論レベルでの抵触を措くとすれば——少なくとも理論構成上は、契約責任との抵触という問題を回避していると言いうことができよう⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾。

その二は、「居住者等」の法的地位についてである。ここで列挙されている者は、たしかに「建物の基本的安全性」を欠くことによる侵害の危険にさらされる以上、これについて利害を有すると考えられるし、これによって実際に侵害が生じた場合には後述のように不法行為に基づく責任を追及しうる立場にある。しかし、これら「居住者等」の利益に基づいて侵害行為の予防を図るのは困難であるし、そもそもいかなる者が「居住者等」に含まれるか、特定されているわけではないから、これらの者による権利主張はおおよそ困難である⁽²⁹⁾。このようにみると、最判①の理論構成は、不法行為法において汲み上げることが困難な「居住者等」の利益を保護法益として措定したものということができる。

第二に「設計・施工者等」の「居住者等」に対する義務は、「建物の基本的安全性」を確保することを介して課されている。言い換えれば、現実には建物の瑕疵から何らかの侵害が生じた場合は個々の被害者に対して責任を負うことはもちろんであ

(26) このような論理を取ると、当事者によって操作できない以上、契約とは無関係に不法行為責任が課されうるから、請求権競合として処理して良い、という反論がありうる。しかし、ここで当事者による操作が不可能とされているのは、当事者の意思（＝契約規範）よりも不法行為規範が優越するからではなく、そもそも当事者の意思が他人の利益の処分について及ばないからである。

(27) 施工者らの義務の根拠として「公共の安全」を指摘するものとして、たとえば、京都地判平成12年10月16日判時1755号118頁。

(28) たしかに、本判決の結論は、原告に不法行為責任による請求を認めている点で、契約責任との併存を認めている（新堂・前掲注（10）61頁）ように見える。しかし、そもそも両者の抵触という問題は、最高裁の理論構成を採る限り生じないと見るべきである。

(29) 建物の付近を通行しうる者があまねく差止請求等をなしうるとはおおよそ想定しがたい。

るが、そのような被害が発生していない時点では、「設計・施工者等」の義務は、「建物の基本的安全性を確保する」ことによってそのような侵害を回避することに向けられているに過ぎない。このような立場は、後ほど検討する不法行為責任（及び侵害の予防）に関する規律とも整合するものであろう。

第三に、「居住者等」という利害関係人を措定したことによって、「建物の基本的安全性」という要件が導かれたと見ることができる。すなわち、いかなる軽微な瑕疵であっても、その財産的価値に影響のあるものであるから、所有者はこれに対して利害関係を有する。しかし、それ以外の者にとっては、軽微な瑕疵にとどまる限り、自身に影響を及ぼすものではない。あくまで、「建物の基本的安全性」に問題があり、それによって自身の生命、身体、財産に脅威が生じる場合にのみ、当該建物に利害を持つのである⁽³⁰⁾。このように、判旨の言う「居住者等」の利益を被侵害利益として措定することと、「建物の基本的安全性」に瑕疵がある場合にのみ賠償を認めるという最高裁の立場は整合的なものと見る⁽³¹⁾ことができる。さらには、設計・施工者等の義務が「建物の基本的安全性」を確保することにある以上、修補費用の賠償を認めることは当然の帰結であることになる⁽³²⁾。

(ii) さて、判旨②は、「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

(30) この点が、本判決の射程にも影響を及ぼしてこよう。本判決の理論構成が、問題になった瑕疵が所有者だけでない不特定の者の権利に影響を及ぼしうるものであるという点に着目したものであるとすれば、建物以外に生じた瑕疵についても、本判決と同様の解決がもたらされる余地がある。ただし、後注(108)及びその本文対応部分を参照。

(31) 判旨が、「建物の基本的安全性」を欠く場合に限って賠償を認める趣旨かどうか、という点については議論がある（能見ほか・前掲注(4) 21頁以下の松本教授・新堂教授による質疑を参照）。この問題はなお残されていると言うべきであろうが、建物所有者以外の「居住者等」の利益保護のために設計者等に一定の注意義務が発生するのだとすれば、あくまでそれらの者に影響があるような瑕疵に限られよう。

(32) もちろん、建物所有者でもある「居住者等」にとっても、当該建物以外の自身の利益（生命、身体又は財産）への侵害がありうる以上、それらへの侵害の防止のため「建物の基本的安全性」を確保すること、ひいてはそのための補修費用を請求することは論理的な関連性があることになる。橋本・前掲注(5) 413頁も、居住者等への侵害の防止が目的である以上、修補費用の請求に限って請求を認めるべきであるとする。

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」と述べる。

以上のような判旨②を、本件の請求と重ねて読めば、Yらは、Xらが「上記瑕疵の存在を知らながらこれを前提として当該建物を買受けていたなど特段の事情」がない限り、本件建物という「財産」が害され⁽³³⁾、それによって「修補費用相当額」の損害を被った⁽³⁴⁾、ということになる。このような理解によれば、被侵害利益は瑕疵のある本件建物（の所有権）そのものであり、基本的安全性に瑕疵のある建物を所有していること自体が権利侵害であると捉えることになりそうである。しかし、このような判示は、判旨①と緊張関係にある。

第一に、判旨②が指摘する「特段の事情」の意義である。すでに述べたように、判旨①によれば、設計・施工者等の義務は、特定の者による処分が可能なものではない。それにもかかわらず、原告が「瑕疵の存在を知っていた」場合に修補費用の賠償義務を免れるのはなぜだろうか。たしかに、原告との関係でのみ相対的に義務を免れるに過ぎない、という構成はあり得ないではない。判旨①が述べるように、設計・施工者等の義務は「居住者等」一般への義務であるが、法律関係は相対的に考えるべきものであり、利益を放棄した者は修補費用を請求できないが、それ以外の者は請求できる、というわけである。しかし、「建物の安全性」の確保が、所有者に向けられたものでもあり同時に、「居住者等」へ向けられた義務であることを想起すれば、果たして修補費用の請求をこのように相対的に考えることができるのかは疑問である。ここで問題となっているのは、「居住者等」全体の「建物の基本的安全性」に対する利益であり、個別の利害関係人の利益にのみかかわるではないからである。

第二に、逆に、本件において賠償請求が認容される余地があることとされたこととの関係である。たしかに、「建物の基本的安全性の確保」という義務違反により、建物に現に瑕疵が存在し、これによって所有者に「修補費用相当額の損害」が生じるという構成は、一見自然である。そして、瑕疵があることが判明した上で売却する場合、所有者は原則としてそのような瑕疵がある状態を前提として売却することになる以上、最判②が指摘するように、売却することによって損害が消滅するわけ

(33) 新堂・前掲注(10) 63頁注(19)。新堂・前掲注(10) 60頁は、製造物責任法を参照しつつ、本判決における被侵害利益を、売主の原告らに対する建物の引渡債権であるとする読み方を提示するが、判決文から素直に出てくる読み方とは言い難い。

(34) 高橋謙・前掲注(10) 515頁。

ではないし、他方、新たな所有者も、瑕疵があることを前提に買い受けているのであれば損害はない、というわけである。しかし、すでに指摘したように、Yらの義務は、居住者等の生命・身体等への具体的な侵害が発生していない段階では、当該建物の基本的安全性を確保することに向けられているに過ぎない。そして、建物の基本的安全性を欠くことによる本件建物自体の修補費用相当額の賠償は、賠償義務を負う設計・施工者等の立場からすれば、「建物の基本的安全性」確保のための行為に等しいのではないか。いいかえれば、ひとり原告のための行為ではなく、「居住者等」への義務を履行するための行為なのである。そうすると、本件においてすでに所有者でなくなったXらに修補費用の賠償を認めたことは疑問であることになる。なぜなら、かかる「修補費用相当額」の賠償は、事実上瑕疵の修補に用いられる可能性を欠く⁽³⁵⁾結果、Yらが負う「建物の基本的安全性」を確保する義務と何ら関係のない出捐となってしまうからである。また、ここでの「生命、身体又は財産」が、判旨①とは異なる意義で用いられていることにも注意したい。すなわち、判旨①においては設計者等に「建物の基本的安全性を確保する義務」を課す根拠としての法益として「不特定の者の生命、身体又は（本件建物以外の）財産」を挙げる一方、判旨②においては、実際に被害を受けた法益として「原告の生命、身体又は（本件建物を含む）財産」を挙げており、両者にずれが生じている。最高裁は、判旨①と判旨②において、「生命、身体又は財産」という同一の表現を用いつつ、巧妙にその内実を使い分けているのである。⁽³⁶⁾

3 小括

最高裁のもたらした結論が、実質的には、財産的価値の毀損によって損害を被った者（本件ではXら）の保護をもたらすことは明らかである。

しかし、そのための法律構成として最判①において用いられたのは、「居住者等」の利益を保護法益とする設計・施工者等の「建物の基本的安全性」を確保する義務であった。このような構成は、一審・控訴審が端的に瑕疵のある建物自体を被侵害利益としていたこととは対称的である。

また、かかる「基本的安全性を確保する」義務の存在自体には異論の余地が少ないものと思われるが、判旨を子細に見ると、修補費用の賠償請求の成否を個々の利害関係人の利益状況に応じて判断することによって、結局はそもそもの出発点であ

(35) 新堂・前掲注(10)63頁注(19)。

(36) 原田・前掲注(21)763頁も参照。

った「建物の基本的安全性」、さらにはそれによって保護されるべき「居住者等」の利益はなおざりにされているのではないか、という疑念を禁じ得ない。ここでは、個別の利害関係人が建物の瑕疵について有する利益状況のレベルと、「居住者等」一般に関わる建物の瑕疵（修補）のレベルとが混同されているように思われるのである。このような最高裁の論理構成は、見方によっては、金銭賠償原則の「悪用」なのではなかろうか。ここでは、瑕疵修補の名目でなされる損害賠償が「金銭賠償」という形をとることによって、一定の当事者の財産的損失の填補という全く別個の役割を果たしているのである。

二 建物の基本的安全性の瑕疵に起因する損害に関する不法行為責任と予防費用の支出

前項で明らかにしたように、最判①②においては、個別の利害関係人の利害に関わるレベルと、個別の利害を超えた「居住者等」の安全に関わるレベルが混同されている疑いがある。

そこで、さらに問題を明らかにするためには、「建物」の取引の対象としての側面を捨象して、「建物の基本的安全性」の瑕疵が第三者に対して侵害を及ぼしうるものであることに着目し、当該瑕疵について、誰が、どの時点で、どのような責任を負うと考えられるか、関連当事者の法律関係を整理することが有益である。そして、「居住者等」への侵害を生じる危険源としての「建物」に着目したとき、問題となるのは、建物から生じた損害について生ずべき不法行為責任である。

なお、以下の叙述で単に「Yら」と言う場合、最判①において「基本的安全性」を欠く瑕疵について責任を負うものとされた「設計・施工者等」を指すものとする。

1 瑕疵から現実に損害が生じた場合

「居住者等」との関係でまず問題となるのは、建物の瑕疵によって居住者等が現実に何らかの生命・身体等に対する侵害を受けた場合の不法行為法上の責任である。

この場合、侵害時点の占有者ないし所有者が、工作物責任（民法717条1項）に基づいて責任を負うことは明らかである。⁽³⁷⁾したがって、侵害時点での占有者（所有

(37) 工作物責任における「占有者」の意義については、近時、危険に対する支配という観点から、物権法上の意義にとらわれることなく解する見解が有力である（平井宜雄・債権各論Ⅱ不法行為（1994）67頁、潮見佳男・不法行為法〔第二版〕Ⅱ（2011）264頁）。そのような立場からすると、たとえ賃借人などの占有者が存在するとしても、所有者が実際に危険を支配する「占有者」と見うる人が多いであろう。

者)であるBとしては、潜在的な義務として、居住者等への侵害が生じないよう建物の瑕疵を修補する義務を負っているわけである。⁽³⁸⁾

ところで、瑕疵から生じた損害について責任を負うのは占有者(所有者)ばかりではない。瑕疵が生じたことについて責任のあるYらは、工作物責任による賠償を行った所有者による求償を受け得る(民法717条3項)⁽³⁹⁾し、被害者自らYらに対して不法行為に基づく損害賠償請求することも可能である。⁽⁴⁰⁾このように、Yらもまた、瑕疵から生じた損害について責任を負うべき立場にある、と一応言いうる。⁽⁴¹⁾

もっとも、あらゆる占有者(所有者)がYらに対して求償を行うことができるか、という点については一考を要する。Xらが所有者であった時点で第三者への侵害が生じた場合、Xらにとって予期せず存在する瑕疵から損害が生じた場合、瑕疵を生じさせたことに責任のあるYらに求償することはさして違和感のある結論ではな

(38) 工作物責任の趣旨については不明確なところが多いが、通常不法行為責任よりも立証責任の点で加重された責任を課すことによって、少なくとも建物占有者に対しては建物の安全性を確保するよう促す意味があるとされる(潮見・前掲注(37)235頁参照)。

(39) 瑕疵のある建物を建設した請負人に対する求償が717条3項の典型例とされている(四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為(下)(1985)747頁、平井・前掲注(37)66頁など)。

ところで、工作物責任者と瑕疵を生じさせた設計・施工者等の責任とがいかなる関係にあるかが問題となりうる。従来、「占有者・所有者自身にも過失があったとき」に、瑕疵を生じさせた者との間で「不真正連帯債務」の関係が生じるとされてきた(四宮・同所、潮見・前掲注(37)271頁)が、工作物責任の主体に「過失ある場合」とはいかなる場合か、ここに言う「過失」が717条1項に言う「占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意」をしなかったことと同義なのか否か、必ずしも明らかではないのである。

一方で、工作物責任が、被害者の立証負担軽減のためにあり、瑕疵を生じさせた者が「実質的責任者」である(四宮・同所)との論理を貫けば、工作物責任は一種の代位責任と位置づけられることになろう。他方で、717条1項は占有者に「損害の発生を防止するのに必要な注意」をすることを要求しているところ、これは建物という危険源を管理する者に固有の義務(危険責任)として設計・施工者等の責任と両立するものであろう。とすると、両者はそれぞれ固有の責任を負い、共同不法行為(競合的不法行為)の加害者同士の関係にあると見ることになろう。その結果、いずれかが被害者への弁済を行えば、過失割合に従って求償関係が生じることになる(最判昭和41年11月18日民集20巻9号1886頁)。

(40) そもそも、717条3項による求償が可能となるためには、瑕疵を生じさせたことについて責任のある者が、被害者に対して709条に基づく責任を負うことが前提とされている(四宮・前掲注(39)747頁、潮見・前掲注(37)270頁など)。

(41) なお、松本・前掲注(2)119頁は、従前の下級審判決との関係で、建築した建物が流通することの予見可能性が不要とされたことが本判決の意義であると指摘する。もっとも、建物の瑕疵による損害について、瑕疵を作出した者の責任が717条3項によって正面から認められていたのであるから、少なくとも具体的な意味での予見可能性は本来不要であったというべきだろう。

い。これに対して、Bが所有者である場合、Bは瑕疵について織り込んで本件建物を買い受けている以上、瑕疵から生じた損害について全責任を負担すべきとも思えるからである。ところで、この問題は、行為者Pによる過失ある行為が先行し、その後さらに先行する不法行為によって生じたリスクを前提として関与した後行の行為者Qが存在する場合に、P・Q両者の責任如何、という問題と考えることができる。そして、判例はすでに、不法行為が順次競合して同一の損害を引き起こした場合に、先行の不法行為者と後行の不法行為者との間に共同不法行為が成立することを認めていることからすると、⁽⁴²⁾負担割合の問題はあるにせよ、YらとBとはいずれも被害者に対して責任を負っているものと見る⁽⁴³⁾ことができる。

結局、Yらと占有者（所有者）は、建物の瑕疵から生じた損害について共同不法行為関係に立つとあって良い。

2 瑕疵修補費用の負担

(i) さて、このような場合において、本件建物の修補費用を誰が負担すべきことになろうか。

すでに指摘したように、Yらは、自らが作出した瑕疵から居住者等に損害が生じ

(42) 最判平成13年3月13日民集55巻2号328頁。同判決は、「本件交通事故と本件医療事故とのいずれもが、V〔被害者〕の死亡という不可分の一個の結果を招来し、この結果について相当因果関係を有する関係にある」と判示して、同一の損害を生じたことを共同不法行為成立の前提要件としていることに注意が必要である（橋本佳幸「同判決判批」民商125巻4＝5号（2002）591頁以下参照）。その意味では、同判決の射程は狭いものとも言えるが（能見善久＝加藤新太郎編・論点体系判例民法7不法行為I（2009）231頁〔米村滋人〕は事例判決であると断じる）、本稿との関係で重要なのは、同一の損害について責任のある後行の不法行為が存在しても、先行の不法行為者の責任が排除されるわけではないことが明確に示された点である。このことは当然のようにも感じられるが、本稿が扱う問題との関係では強調しておく必要がある。

なお、このような場合を「共同不法行為」とは区別された「競合的不法行為」と解する見解（平井・前掲注（37）209頁）にあっても、それぞれの行為者に不法行為が成立することを認める以上、いずれの行為者も発生した損害について全責任を負うことは同じである。

(43) そのように解しないと、先行の不法行為者は、損害の原因を作出したにもかかわらず、責任を免れることになって実際上の帰結も不当であると言えよう。ただし、前掲注（42）・最判平成13年3月13日は、後行の不法行為者が医師である事案であるところ、医師はすでに発生した危険を引き受けざるを得ない立場にある。これに対して、本件のような場合、後行の不法行為者は積極的に瑕疵に関わっていることに鑑みれば、医師があくまで先行の不法行為者と共同の責任を負うのに対して、本件では後行の不法行為者が全責任を負うと解する選択肢はあり得よう。ただし、後行者による完全な危険の引受け（＝先行者の免責）を認めて良いかは疑問の余地があるし、第三者との関係では（負担部分のない共同不法行為者であっても）責任を負うと解する余地はあろう。

た場合には、建物の占有者・所有者と共同で責任を負うべき立場にあると考えられる。⁽⁴⁴⁾ そうであるとすれば、所有者が居住者等に対する侵害を予防するために瑕疵を修補した場合、Yらにも一定の負担を負わせるのが当然の帰結であろう。したがって、瑕疵が修補された場合、BとYらがその費用を（割合の問題はあるにせよ）負担すべき地位にあるといえる。

以上のような理解は、従来の理解によっても、実際に修補を行った場合には、事務管理による事後求償権として基礎づけることができるものと思われる（民法702条⁽⁴⁵⁾）が、不法行為法においては、未だ現実には支出されていない修補費用（積極損害）についても賠償が認められる。その意味で、事務管理の求償に関する規律が不法行為法によって一定程度拡張されたものと理解することができそうである。

ただ、以下の二点に留意する必要がある。

第一に、事務管理（ないしその拡張）と考えた場合、瑕疵の修補費用については、実際に修補した者が求償債務者に対する権利を放棄することが可能であると解する余地が生じる。判旨②にいう、「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」がある場合には、かかる求償権の放棄が認められる、と理解することはあり得るわけである。⁽⁴⁶⁾ しかし、純粋な事務管理と考えることには疑問が残る。というのも、事務管理は「他人のため」に行うものであるところ、ここでの「事務」は、たしかにB及びYらのための（修補義務より重い可能性のある損害の発生を防止して賠償の負担を軽減する）措置ではあるものの、より根本的には、「居住者等」への侵害を発生させ

(44) 717条1項の前提として、建物の占有者・所有者には、建物から損害が生じないようにする義務を負っているというべきであろう（鎌野・前掲注（4）14頁は、「建物としての基本的安全性」を損なう「絶対的瑕疵」については、これを放置することが「社会的に許されない」としている）。ただし、ここで建物の修補を行うべき義務があるのは717条によって責任を負うべき者に限られる。本件のXらのように、すでに所有権を失った者にそのよう義務ないし「社会的責任」は生じず、したがって修補費用の「損害」が生じるとは言えない。

(45) 共同不法行為者は、被害者との関係では全責任を負うものであるが、共同不法行為者の一人が他の共同不法行為者からの委託を受けなくて損害の全額を賠償すれば、他の企業体が負担すべき部分について事務管理の問題が生じるとされる（谷口知平編・注釈民法（18）債権（9）（1976）247頁〔金山正信〕。四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為（上）（1981）14頁注（二）（b）も参照）。予防費用についても同様のことが妥当するのではないか。

(46) この事情のみで共同不法行為者間における求償関係が所有者の全部負担とすることには疑問を挟む余地があるが、前掲注（42）・最判平成13年3月13日と異なり、みずから積極的に瑕疵を引き受けている後行の不法行為者に全責任があるとする余地はあろう。

ない義務である。その意味で、特定の当事者による処分に服さないと解する余地があるのである。

第二に、修補費用の全額を請求できるかどうか、という問題がある。事務管理や共同不法行為に基づく通常の意味での「求償」であれば、負担（過失）割合に応じた求償が許されるに過ぎない。しかし、事前の求償について同様に考えられるのかどうかは一考を要する課題である。後述するように、事前の費用請求は侵害の予防に向けられているものであるべきところ、Yらが一部の費用しか支払わず、そのために結局修補が不可能であるとすれば、それは侵害の予防にとって無意味だからである。

(ii) 他方、現に所有者でないXらについてはどうか。

修補を実行した場合には事務管理による請求が考えられるが、そうでない限り、もはや修補義務を負う立場にない以上、修補相当額の損害があるとは言えないのではなかろうか。たしかに、基本的安全性に瑕疵のある建物を取得した場合、所有者は修補義務を負う立場にあるが、かかる義務は所有権を失うことによって免れうる。言い換えれば、Xらが修補義務を負うのは、当該建物の占有者ないし所有者としての地位にあるためであり、その地位から離れた場合には、もはや義務を負うことはない。瑕疵があることによって旧所有者が財産的な損失を被ったとしても、それは建物の基本的安全性を確保することによる「居住者等」の安全とは別次元の問題と言わざるを得ないのである。⁽⁴⁷⁾

三 小括

(i) 以上において分析したところによれば、建物の基本的安全性について利害を有する居住者等との関係では、瑕疵の修補費用をYらに対して請求しうる立場にあるのは現所有者であるBであり、Xらではない。

したがって、居住者等との関係でYらに建物の基本的安全性を確保する不法行為法上の義務を設定しつつ、瑕疵を修補する立場にないXらに修補費用の賠償請求権を認めるのはいかにも不整合であるという感を否めない。仮に誰が建物の瑕疵によって経済的な損失を被ったかという観点から請求権者を決定しているのだとすれば、それは建物の「基本的安全性」をめぐる次元の異なる2つの利害関係を混同していると言うべきであろう。⁽⁴⁸⁾

(47) この点に鑑みるならば、「工作物責任を自己〔Xら〕の意思によることなく負わされ、修補費用を負担せざるを得ないこと」を被侵害法益・損害と考えること（荻野・前掲注（8）187頁）には問題があることになる。もはやXらは修補費用を負担する立場にないからである。

(48) その意味では、当否については議論の余地があるにせよ、一審・控訴審判決は、建物の財

(ii) しかし、そもそも最判①②によって認められる損害賠償が、Xらの救済のためにのみ与えられたものなのであろうか。本件においてXらが金銭賠償を得ることが、実際には建物の減価分の補填という機能を果たすことはすでに述べた。ただ、そのような理解は、瑕疵修補費用相当額という名目の賠償であっても建物の修補に使用しなくても良い、という理解を前提としている。このような理解に再考の余地はないだろうか。

ここで改めて最判①の理論構成をみると、Xらの修補費用請求は、「居住者等」のために設定された義務違反の効果として認められたものと位置づけられていることが注目される。建物の基本的安全性が欠けることによって侵害されうる「居住者等」の利益の保護を根拠に、修補費用、すなわち建物の基本的安全性そのものの回復費用の名目で賠償が認められているわけである。⁽⁴⁹⁾

そうすると、ここでの修補費用の請求は、Xらの救済のためというよりも、「居住者等」全体の利益のための請求として理解されるべきではないか、という方向性が浮上してくる。しかも、ここで被侵害法益の主体として位置づけられているのは、「居住者等」という特定性を欠く人々であることも看過できない。ここでは、立法されることが理論上・實際上困難な被侵害法益への侵害を理由に、かかる利益が帰属する法的主体とは別の主体（本件ではXら）が損害賠償を行うとの構造をみることができる。⁽⁵⁰⁾

そこで、かかる構造に着目して、同様の事態が生じている事例との比較検討をふまえつつ、最判①②が認めた「損害賠償」の性質を試論的に検討することにしよう。

II 試論

一 被侵害法益の主体≠賠償請求の主体

「立法されることが困難な被侵害法益への侵害を理由に、かかる利益が帰属する法的主体とは別の主体が損害賠償を行う」構造に着目するとき、どのような場面に

産的価値の問題に特化した理論構成を行って結論を示したものであり、一応の筋は通っていたと言えよう。

(49) すでに触れたように、仮に現所有者であるBらによる事後の費用請求であったとしても、本質的に瑕疵の修補は「居住者等」の生命等を保護するための義務であり、「事務管理」という法技術には包摂されない要素が含まれることが示唆される、そもそも事務管理によっては事前の費用負担を求めることができない。

(50) すでに、荻野・前掲注(8)186頁が、このような解釈の余地があることを指摘していた(ただし結論としては賛同していないようである)。

においてこのような事態が生じるか、比較法的な事例も含めて明らかにするとともに、その背景を検討する必要がある(1)。また、この場合において賠償請求権者が得る賠償金について一定の制約があることも指摘しておかなければならない(2)。

1 「被侵害法益の主体≠損害賠償の主体」の構造とその背景

この問題については、筆者はすでに民法711条の中にこのような事態が見出しうることを指摘したことがある⁽⁵¹⁾。また、近時、フランス法において承認されつつある、いわゆる「純粹環境損害 (préjudice/dommage écologique pur)」⁽⁵²⁾にもとづく損害賠償がこの一形態であるとする⁽⁵³⁾ことができる。

(1) 民法711条

筆者が検討したところによれば、民法711条は、次のような意図を持って起草されたものであった。

民法709条は本来、権利を侵害された者に生じた財産的・精神的損害を賠償する規定であった⁽⁵⁴⁾ところ、いわゆる「相続構成」を知らなかった当時の理論状況においては、生命が侵害された場合、権利主体である死者本人に対して損害賠償を行う余地はない。もっとも、死者に対して扶養請求権等の権利を有している者があった場合にはその者への権利侵害を加害者に帰責することが可能であったが、高齢者や子どもなどへの侵害については、生命を侵害したとしても、「権利」を侵害された者が存在しない以上、加害者は何ら責任を負わないという帰結になりかねない。そこで、生命を侵害した加害者が何ら民事上の責任を負わないという帰結を回避するために、民法711条は、一定範囲の近親者の精神的損害を——かかる近親者への権利侵害が無くとも——賠償することとしたものである。

(51) 拙稿「民法七十一一条における法益保護の構造——不法行為責任の政策的加重に関する一考察——(一)・(二・完)」法協128巻1号156頁、2号183頁(2011)。

(52) 同様の損害概念はEU指令やアメリカ法にも見られるとされるが(大塚直「環境訴訟における保護法益の主観性と公共性・序説」法時82巻11号(2010)120頁)、以下に述べるように、フランス法における純粹環境損害に関する議論は、環境損害をいかに民事責任(responsabilité civile)に取り込むか、という観点から議論が蓄積されており、また団体による損害賠償請求に関わる議論とあわせて発展してきた点で注目すべきものである。このような理由から、以下の比較法的検討はフランス法に限定して行う。

(53) 環境損害に関してはすでに民法はもちろんのこと、公法(行政法)の観点からも度々検討が行われているが、本稿はあくまで、不法行為(民事責任)法における被侵害権利と賠償請求権の主体との関係を検討する素材として「環境」をとり上げるものにすぎない。したがって、検討対象及び引用文献も限られていることを予めお断りしておく。

(54) 拙稿・前掲注(51)(一)190頁。その後の学説の展開については同228頁を参照。

ここでは、近親者の慰謝料請求権は、近親者自身の精神的損害（苦痛）の「賠償」という形をとっているものの、あくまで死者の生命という利益保護のために認められているものであり、近親者自身が保護の対象となっているわけではない。この点で、ある法主体の法益への侵害を理由に、別の法主体が損害賠償を請求するという構造を持っているのである。

(2) フランス法における「純粹環境損害」

フランス法では、個人の利益への侵害とは別個に、「環境」への侵害そのものを根拠に損害賠償請求を認める方向での議論がとりわけ1990年代以降積み重ねられ、近時の立法提案にも一定の影響を及ぼしている⁽⁵⁵⁾。

(i) 純粹環境損害の概念

純粹環境損害とは、個々の人間への影響とは独立に存在する、「環境」自体に生じた損害であるとされる⁽⁵⁶⁾。このような定義からも明らかなように、純粹環境損害とは、「環境」それ自体を、個人が有する私的な（財産的・非財産的）利益とは独立の被侵害利益として捉えるものである。敷衍すると次の通りである。

伝統的に、フランス民事責任法において、損害（*dommage* ; *préjudice*）⁽⁵⁷⁾として賠償されるためには、その損害が、直接性（*direct*）、確実性（*certain*）、かつ属人性（*personnel*）を満たすものでなければならない、とされてきた⁽⁵⁸⁾。このうち、純粹環

(55) そもそも、純粹環境損害に基づく損害賠償請求が認められるかどうか、という次元においてフランス法の判例・学説上長らく議論があるし、今後も続くものと思われる（フランス法の議論を紹介した近時の文献として、小野寺倫子「フランス民事責任法における環境自体に生じた損害（純粹環境損害）の救済手段について」早稲田法学会誌60巻2号（2010）208頁、同「環境への侵害から生じる損害に関するフランス司法裁判所の判例について」同61巻1号（2010）89頁）。しかし本文で述べるように、本稿の関心は、かかる賠償が認められるとして、誰に、どのような制約のもとで賠償が認められるのか、という点を明らかにすることであり、そもそもかかる損害賠償が認められるか否かという点については立ち入らない。

(56) Jourdain(P.), *Le préjudice écologique et sa réparation*, in Viney(G.) et Dubuisson(B.) (dir.), *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Shulthess/Bruyant/LGDJ, 2006, n° 3.

(57) フランス法においては伝統的に、「*dommage*」と「*préjudice*」は同義のものとして扱われてきた（Carbonnier(J.), *Droit civil*, vol. 2, *Les obligations*, Quadriga /PUF, 2004, n° 1121）が、近時においては、両者の区別が語られる傾向にあり、近時の立法提案も、両者を区別する立場に立つ。Catala(P.)(dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation Française, 2006, p. 173, note 2 ; Grare-Didier(C.), *Du dommage*, in Terré(F.)(dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 131.

(58) Carbonnier, loc. cit. ただし、属人性要件を明確にしない見解もあるし、また、属人性要件を要求する見解であっても、訴訟法上要求される訴えの利益からの要請か、それとも民事責任に内在

境損害で問題となるのは属人性要件である。⁽⁵⁹⁾

一般に「環境損害」として捉えられるもののうち、環境への侵害から派生して個人に損害が生じた場合には、これを賠償することには従来からも何ら問題がない。典型的には近隣妨害 (*trouble de voisinage*) の場合である。⁽⁶⁰⁾ たとえば有害な煤煙を排出することによって、近隣の環境が汚染され、結果として近隣住民の健康が害されたという場合、健康被害は近隣住民自身に生じたものであって、その損害は属人的である。しかしここでは、環境への侵害は個人の利益への侵害を媒介としてのみ法的に捕捉されているに過ぎない。⁽⁶¹⁾

これに対して、純粹環境損害とは、個人への侵害の有無にかかわらず、環境自体をひとつの利益と捉え、これに対する侵害を法的に捕捉しようとするものであるといえる。⁽⁶²⁾ しかし、仮にこのような内容の「純粹環境損害」を法的に保護するという理解を採るとしても、民事責任法上の損害賠償請求権が生じるとするためには、属人性要件が立ちはだかる。というのも、純粹環境損害については、個人的利益を主張できる者は存在しないとされているからである。個人の利益と切り離された意味における「環境」は、これを法的に保護される利益として承認したとしても、⁽⁶³⁾ 誰にも帰属するものでない以上、これを侵害したとしても、不法行為法上一般的な意味における「被害者」が存在しないのである。⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾⁽⁶⁶⁾

的な要件なのかは明らかでないとの指摘もある (Neyret(L.), *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, 2006, préf. Thibierge(C.), n° 473)。

(59) 直接性については損害要件の問題というよりも因果関係 (*lien de causalité*) の問題であり、確実性については主として将来損害の賠償の可否の問題として議論されている。なお、環境損害については、いかなる程度・内容の損害であれば確実性ありと言えるかどうかについて、固有の問題がありうる (Jourdain, *supra* note 56, n°s 7 et s.) が、損害賠償請求権の成否に関わる問題であり、本稿では立ち入る必要はなからう。

(60) Jourdain, *supra* note 56, n° 3.

(61) Neyret, *supra* note 58, n° 583.

(62) 我が国においても、「環境利益」の「享受主体が公衆や社会一般である場合もある」し、「その利益を享受する人間集団を觀念しにくい場合すらある」ことがすでに指摘されている (大塚・前掲注 (52) 120頁, 吉村良一・環境法の現代的課題 (2011) 28頁以下)。

(63) Neyret, *supra* note 58, n° 623.

(64) 環境自体に法的人格が認められないことも明らかである (Neyret, *supra* note 58, n° 209)。

(65) Viney(G.), *Le préjudice écologique*, *Resp. civ. et assur.*, n° 5^{bis}, mai 1998, p. 8; Jourdain, *supra* note 56, n° 15; Neyret, *supra* note 58, n°s 37 et 586.

(66) これに対して、やや異なる見方もないわけではない。ヴィネとジュールダンの概説書は、次のように述べて、団体訴権の意義を強調する (Viney(G.) et Jourdain(P.), *Les conditions de la*

(ii) 純粹環境損害の賠償対象としての承認

このように、純粹環境損害は、本来的に特定の「被害者」が存在せず、賠償の対象とするためには、属人性要件が立ちはだかる。しかしながら、フランスの立法及び判例は、環境損害が民事上の賠償の対象となることを認めてきた。

まず、立法についてみると、環境法典は、環境破壊を引き起こす刑事上の違反行為について、環境保護団体（アソシアシオン）や公法人、地方公共団体に対して刑事手続上の私訴権を認めている（環境法典L.142-2条、L.132-1条、L.132-4条⁽⁶⁷⁾）。

しかし、判例はこのような立法上の制約を超えて、環境保護団体の訴訟提起を広く認める傾向にあると言われている⁽⁶⁸⁾。すなわち、立法において認められているのは違法行為から生じた損害の賠償を刑事裁判官に対して私訴当事者として請求することであるが、それにとどまらず、民事裁判官に対しても請求する余地が認められている。加えて、立法上の資格付与がなされていなくても、集团的利益の名において、それがその社団としての目的に入っている場合に、裁判上行動することができる場合がある、というのである⁽⁶⁹⁾。この場合、たしかに賠償の対象となるのは、「当該団体が被った属人的な精神的損害（*préjudice moral*）」であるという形式を取ってい

responsabilité, 3^e éd., LGDJ, 2006, n° 303-5. ただし、当該部分は、ボレ（L. Boré）の影響が大きいことが推察される（同書118頁を参照）。ボレは、団体訴権に関するテーゼを著している。Boré(L.), *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997, préf. Viney(G.)。すなわち、民法典においては利他的（*altruiste*）な行動に対する不信があり、利他については国の領域、利己については私人の領域とされてきた、と指摘する。そして、このような見方を転換して、私人が利他的な利益を保護することに奉仕することも可能であり、かかる利益を保護するための精神的かつ属人的な利益がある、と主張する。このような見方によれば、私人に、環境を含む利他的な利益を追求する独自の利益があることになる。ただし、結局のところ、ここで追求されているのはあくまで「利他的」な利益であり、究極的には当該私人の利益ではない。ヴィネとジュルダンが、金銭賠償を認めるにあたって、賠償請求を行う団体に利益が帰属することを警戒する（*ibid.*, n° 303-6）のも、この点を示すものであろう。

(67) 条文の詳細な内容については、マチルド・プトネ（吉田克己訳）「環境に対して引き起こされた損害の賠償」吉田克己＝ムスタファ・メキ編『効率性と法 損害概念の変容』（2010）351頁や小野寺・前掲注（55）「フランス司法裁判所の判例」92頁以下を参照。

(68) プトネ・前掲注（67）352頁以下。プトネは、本文で指摘した2点に加えて、違反行為の内容についても緩和される傾向にあることを指摘しているが、本稿の関心からは外れる。

(69) Civ. 1^{re}, 2 mai 2001, *Bull. civ.*, I, n° 114 ; Civ. 2^e, 27 mai 2004, *Bull. civ.*, II, n° 239. 両判決及びその後の展開を含めた破毀院の態度については、プトネ・前掲注（67）353頁のほか、参照、Viney et Jourdain, *supra* note 66, n° 303-4.

るが、ここでは、当該団体が保護している利益（ここでは環境）こそが損害の核心である。その意味で、「当該団体の損害」という構成は仮託的なものであり、その実質は、本来「属人性」に欠ける損害を、「属人性」の枠内で法的に捕捉する試みであると捉えるべきであろう。⁽⁷⁰⁾

このように、純粹環境損害に基づく損害賠償請求を認める場合、賠償請求を行う主体は、自らへの侵害に基づいて賠償請求を行うことはありえず、もっぱら、誰にも帰属し得ない「環境」利益への侵害を主張することとなる。すなわち、賠償請求権者と、被侵害利益の帰属主体とが乖離するという状況が生じているのである。

(3) 小括

このように見ると、民法711条が取り扱う生命侵害と、フランス法における純粹環境損害については、一定の共通した構造を見出すことができる。

一方で、生命侵害の場合においては、民法709条が定めるところの「被権利侵害者＝賠償請求権者」という規律を貫徹すると生命を不法行為法の保護対象としないに等しい帰結が生じることになるため、これを一定限度で回避することが民法711条の目的であると言うことができる。

他方、環境損害の場合、そもそも特定の権利主体が存在しないため、属人性要件を貫けば、環境は民事責任の範疇から除外されることになる。しかし、かかる帰結が許容され得ないとすれば、一定の者に損害賠償請求権を与えることになる。

結局、ここでは、生命ないし環境という権利・利益が民事上保護されるべきこととなったとき、被侵害利益が帰属するわけではない者に損害賠償請求権を与えることで保護を図ろうとしているものであると言うことができる。

2 賠償金に付される制約

このような共通した構造が見出しうるにもかかわらず、二つの場合において賠償請求権者に与えられる賠償金に付される制約は対称的である。便宜上、順序を入れ替えて、純粹環境損害についてまず見ることにしよう。

(70) ジュルダンは、破毀院の言う「団体が被った精神的損害」の実質は、当該団体が保護しようとしている集团的利益（*intérêt collectif*）の賠償を認めたものであるという（*Jourdain, supra note 56, n° 22*）。言い換えれば、当該団体の利益に仮託して集团的利益の侵害に基づく賠償が認められていると理解するものであり、厳密に言えば、当該団体に何らかの損害が生じているというわけではないことになろう。

(71) そもそも、民事法上の保護法益として「環境」のような公共的利益を措定することが適切かどうか、という点に問題は残っており、本稿はこの問題自体に立ち入るものではない。

(1) 純粹環境損害

そもそも一般論として、民事責任を根拠として損害賠償請求権を有する者は、賠償として得た金員の用途について拘束を受けるのであろうか。この点についてのフランス法における議論はさほど古いものではなく、むしろ、純粹環境損害に関する議論と関連して問題の所在が意識され、明確化されてきた感がある。

(i) 破毀院判例

まず、破毀院の態度を見ておこう。破毀院は、次の判決によって、被害者が得た損害賠償は被害者が自由に使用することができることを明らかにした。

破毀院刑事部1995年2月22日判決⁽⁷²⁾

刑事被告人Yが起こした事故により、被害者Aが身体能力の部分的恒久的喪失(IPP)98%に相当する障害を負ったため、被害者Aの妻Bが、自身及びAの代理人として、Yに私訴原告(partie civile)として損害賠償請求を行った事案。訴訟参加人として保険会社が手続に加わっている。

争点は複数あるが、本稿が扱う問題との関係では、原審が、被害者に対して年15万フランの定期金を与えた上で、そのうちのほとんどを、被害者が滞在すべき医療施設に支払うものと判示した点が重要である。

これに対して、Bが、損害填補のための賠償債権は被害者に帰属するものであるから賠償は被害者(ないしその代理人)の手に支払われるべきであり、原審判決が民法典1382条、ヨーロッパ人権規約8条、刑事訴訟法典593条に違反するとして破毀申立てを行った。

破毀院は、かかる破毀申立てを容れて、曰く、「刑事裁判所判事は、私訴原告に、その損害の賠償として与えられた金員の用途を指定する判断を下すことはできず、これは自身の権限を逸脱することである」とした。

この立場は、後に民事部が追随し、破毀院の立場として確立したものであると言

(72) *Crim.*, 22 fév. 1995, *Bull. Crim.*, n° 77; JCP 1995. I.2893, obs. G. Viney; RTD civ. 1996. 402, obs. P. Jourdain. なお、Roujou de Boubée(M.-E.), *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, préf. Hébraud(P.), p. 290, note(17)は、被害者の賠償金の用途の自由に関する判例として、本文引用の判決以前に出された4判決を挙げるが、いずれも直接にこの点について言及したものではない。

(73) *Civ. 2°*, 8 juill. 2004, *Bull. civ.*, II, n° 391.

うことができるだろう。

(ii) 学説

上述のような判例の一般論は、1995年判決においても言及されているほか、⁽⁷⁴⁾ 同判決を受けた学説の支持を受けている。たとえばヴィネ (Viney) は、用途の限定は耐えられない形で被害者の治療する自由と自らが望むように生きる自由を制約するものであること、用途の限定は、判事が負傷者に一種の後見を行うことになるが、これは正当化し得ないこと、を指摘して判旨の一般論を支持する。⁽⁷⁵⁾ また、ジュルダン (Jourdain) は、ヴィネの見解をおおむね支持しつつ、ヴィネの述べる「被害者の自由」という観点について、次のような補足的な説明を加える。彼によれば、金銭賠償は真に損害を消滅させるものではなく、⁽⁷⁶⁾ 金銭的な同等性を確保するものに過ぎない、というのである。⁽⁷⁷⁾ この説明のみではその趣旨は必ずしも明らかでないが、金銭賠償はその性質上被害者に自由に金員を使うことを許すものである、ということであろうか。

もっとも、学説は1995年判決以前から、「被害者の自由」が妥当しない場合があり得ることを留保していた。それが他でもない環境損害の場合である。すでにラルメ (Larroumet) は、同判決に先立つ1994年の時点で、民事責任の一般法においては賠償金を被害者が自由に使用できるのに対して、環境損害に基づいて賠償請求権が認められる場合には環境の回復に用途が限定されるべきであると指摘していたし、⁽⁷⁸⁾

(74) Mazeaud(H., L. et J.) et Chabas(F.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 3, 1^{er} vol., 6^e éd., 1983, n° 2321 ; Roujou de Boubée, *supra* note 72, p. 290.

(75) Viney, *supra* note 72.

(76) フランス法においては日本法と異なり、いわゆる現実賠償 (réparation en nature) が認められている。すなわち、被告の自由に対する配慮の必要などはあるにせよ、裁判官が損害填補のために現実賠償が適切な手段であると認めれば、現実に損害を消滅させる手段 (代替物の場合の同等の物の提供、違法建築の破壊など) が認められ (Carbonnier, *supra* note 57, n° 1201), 伝統的な見解によれば、最も適切な損害の賠償 (回復) を可能にするものとして金銭賠償よりも優先するとされる (Mazeud et Chabas, *supra* note 74, n^{os} 2303 et s.; Jourdain, *supra* note 58, n° 24. ただし、現実賠償に対する反対論については大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察——物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯——(五)」法協104巻2号 (1987) 393頁以下を参照)。

(77) Jourdain, *supra* note 72.

(78) Larroumet(Ch.), *La responsabilité civile en matière d'environnement. Le projet de Convention du Conseil de l'Europe et le livre vert de la Commission des Communautés européennes*, D. 1994. 101.

1995年判決について評釈を行ったヴィネやジュルダンもこの見解を支持している。なぜなら、環境損害の場合、環境が帰属する主体が存在しないために一定の団体に賠償請求権が認められるに過ぎないところ、ここでの原告は自身が被ったのではない集団的性質の損害について賠償を請求している以上、かかる損害の回復のために賠償金は用いられるべきだからである。^{(79) (80)}

(iii) 近時の立法提案など

以上のような判例・学説の議論状況は、近時フランスにおいて話題となっている債権法・民事責任法改正に関わる議論にも反映されている。

まず、2004年に公表されたカタラ (Catala) の率いるグループによる立法提案 (カタラ草案)⁽⁸¹⁾ をみよう。カタラ草案においては、一般論として「集団的損害 (intérêt collectif)」が賠償の対象となることが承認し、また現行民法典には存在しない損害賠償の用途についての規定を設けることが提案されている。

カタラ草案

1343条 財産的であると非財産的であるとかかわらず、また個人的であると集団的であるとかかわらず、あらゆる正統な利益への侵害からなる損害 (préjudice) は賠償される。

1377条 裁判官によって損害賠償を特定の賠償方法に割り当てられること

(79) Viney, loc. cit.; Jourdain, loc. cit.; Neyret, supra note 58, n^{os} 898 et s. なお、ヴィネ=ジュルダンの概説書が採る立場については、注(66)参照。

(80) 環境損害が回復不能な場合にも環境団体に賠償を認めるべきか、という問題は検討の余地がある。フランスの裁判所は、その場合にも一般に損害賠償を認めているとされる (Viney(G.), *L'action d'intérêt collectif et le droit de l'environnement*, in Viney et Dubuisson, supra note 56, n^o 15)。

ジュルダンは、侵害された「環境」が回復不能な場合であっても、金銭賠償を命じることは次のような機能を果たす故に認められるべきであるとする。第一に、加害者の処罰が図られる。これにより、民事責任の付随的機能である制裁的・予防的機能を果たすことができる。第二に、アソシアシオンに賠償を与えることにより、保護や監視に出資することが可能になる。第三に、純粹環境損害の実態を意識させることが可能になる (Jourdain, supra note 56, n^o 34)。これに対し、ヴィネはかかる賠償が實際上懲罰的 (punitive) な機能を持つとしつつ、完全に満足できるものではないとしており、やや慎重である (Viney, *ibid.*)。

いずれにせよこの場合、本文(2)において述べる民法711条におけるのと同様の扱いになると理解されよう。

(81) Catala, supra note 57. 民事責任法部分はヴィネの起草にかかるものであり、この部分については「カタラ=ヴィネ (Catala-Viney) 草案」と呼ばれることもある。

が正当化される個別の状況がある場合を除き、原告は自身に与えられた金員を自らが望むように自由に利用することができる。

1343条に付された脚注によれば、ここでいう「集団的」な損害とは主として環境損害が想定されている。また、1377条の後段が示すのは破毀院判例にも示された原則的立場であるが、これには前段による留保が付されている。さらに、同条に付された脚注によれば、前段に言う「裁判官によって損害賠償を特定の賠償方法に割り当てられることが正当化される個別の状況」の典型例は環境損害であることが明示されている⁽⁸²⁾。

また、2011年に公表されたテレ (Terré) のグループによる民事責任法改正提案においても、その55条において、カタラ草案1377条と同旨の規定が置かれている^{(83) (84)}。

(iv) 小括

フランス法における賠償金の使途の限定に関する議論は、環境損害の場合（原告のための賠償ではない以上、原告の使途の自由は認められない）をも念頭に置きつつ、金銭賠償における「被害者である原告（賠償請求権者）の自由の尊重」という原則を抽出したものであると捉えることができる。

このように、金銭賠償と「原告の自由」を直結させる点については、日本法の下でさらなる検証と検討が必要であろうと思われる⁽⁸⁵⁾。しかし、環境損害が自己に帰属しない以上、その「賠償」を自由に使えるはずはない、という観点は、かかる前提を越えて

(82) Catala, *supra* note 57, p. 182, note (2).

(83) Terré, *supra* note 57, p. 10.

(84) なお、共通参照枠草案 (Draft Common Frame of Reference ; DCFR) は、次のように規定して、賠償金の使途が被害者の自由に服することを宣言する (Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Ed., Vol. 4, Oxford Univ. Press, 2010, p. 3780)。

V.-6:201【選択権】 損害を被った者は、填補賠償を、侵害された利益を復活することに用いるかどうかを選択することができる。

(85) 日本法では金銭賠償の原則が法定されている (民法722条1項・417条)。その趣旨は、旧民法典を受け継ぎ、金銭賠償が債権者・債務者双方の利益を満足させ、紛争を終結するものである点にあるとされる (大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察——物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯——(三)」法協103巻8号 (1986) 1573頁以下参照)。このような法制度であることが、金銭賠償の特色を現実賠償との比較において捉えるフランス法との関係でどのような違いとして現れるかは検討を要する課題である。

妥当しうる考え方ではなかろうか。⁽⁸⁶⁾そして、不法行為責任 (responsabilité délictuelle) に基づく賠償 (réparation) は、損害を現実に除去する現実賠償 (réparation en nature) が原則であるとするフランス民事責任法においては、賠償は第一義的には被侵害利益の回復に向けられているのであり、⁽⁸⁷⁾ ヴィネらの指摘するように、賠償金の使途が環境損害の回復にのみ限定されることが論理的でありかつ合理的なのである。⁽⁸⁸⁾

(2) 民法711条

これに対して、民法711条の場合、賠償金の「使途」という問題は従来問題とされたことはないし、実際にこれが再検討に付される可能性はないものと考えられる。

このような結論は、「近親者の精神的苦痛」を「損害」と見ている以上、当然であると感じられるかもしれない。しかし、すでに述べたように、フランス判例上「環境損害により環境保護団体が被る精神的損害の賠償」という構成が存在し、ここでの損害賠償が環境の回復のために用いられるべきことが提唱されていることをふまえるならば、かかる理解は必ずしも説得的ではない。ここでの被侵害利益が死者の生命であるとすれば、仮に「近親者に生じた損害」という形で賠償が認められるとしても、賠償金の使途が制約される可能性は排除されないことになるからである。⁽⁸⁹⁾

そうであるとする、生命侵害の場合に注目されるべきは、被侵害利益の回復可能性の欠如であると思われる。生命侵害を理由として賠償を与えても、それによって生命が回復される可能性はない。⁽⁹⁰⁾ それにもかかわらず一定の者に損害賠償請求権が与えられるのは、加害者が生命侵害を行ったことについて民事上の制裁を科すという必要があるという要請に基づくものである。そのように考えると、「加害者が賠償金を一定の者に支払う」ということだけがここで達成されるべき目的であり、賠償金を誰がどのように使うか、という問題に対する応答は、理論上一義的に定まるものではないことになろう。しかし、近親者自身が多大な苦痛を被っていることや、加害者への処罰を確保するためには請求権者自身に利益を与えることが不可欠であるとすれば、近親者が賠償金を自由に使えるという態度をとることには一定の合理

(86) 賠償金の使途については原告の自由が原則として認められるという前提に立っても、これを制約する場面が認められる以上、かかる前提が認められない（あるいは限定的に認められる）場合においては尚更であろう。

(87) 注 (76) 参照。

(88) Viney, *supra* note 72.

(89) 注 (66) におけるヴィネとジュルダンによる概説書の議論を参照。

(90) せいぜい、近親者らの扶養請求権の喪失による損害が回復されるに過ぎないが、これは近親者らへの侵害として捕捉されていることはすでに述べた。

的理由が認められるのである。

このような角度から、民法711条の構造を理解することもできよう。

(3) 小括

被侵害法益の主体と賠償請求権の主体とが乖離する場合、ここでの賠償請求の主体は、自己への侵害に基づいて賠償を請求するわけではない以上、賠償金の使途について制約を受けうる。しかし、その内容は場合によって異なる。

一方で、純粹環境損害の場合、賠償請求権者が得た損害賠償は原則として環境の回復に向けられなければならない。ここでは、厳密に言えば二つの層の議論が存在する。すなわち、第一に、被侵害利益が請求権者自身のものではないという観点から賠償金の使途への介入が正当化され、第二に、損害賠償は第一義的には損害の現実の除去に向けられるべきであるという観点から、賠償金の使途を環境の回復に限定することが合理的であるとされているのである。

他方で、民法711条の場合、たしかに被侵害利益は請求権者自身のものではないが、被侵害利益が回復不能である以上、近親者自身が自由に賠償金を用いるという選択肢も合理的なものとして許容されるものと考えられる。

このように、被侵害利益の回復可能性などによって介入の有無は異なるということができよう。

二 最判①②の再構成とあるべき解決

以上の検討をふまえて、本件が扱った、建物の基本的安全性を欠く瑕疵に関わる修補費用賠償について、最判①②の再構成を試み、さらにはあるべき解決について検討しよう。

1 被侵害法益の主体の賠償請求の主体との乖離とその必要性

「建物の安全性」にかかわる「居住者等」の利益保護という観点から本件を眺めれば、ここでXら（あるいはB）に認められうる賠償請求権においては、被侵害利益の主体と賠償請求権の主体が乖離する構造を見出すことができる。このような事態は、民法709条のもとでは原則として認められない例外的な事態である以上、このような例外的事態を支える積極的な根拠が求められるとすべきだろう。このような視点から「建物の基本的安全性」の瑕疵を巡る状況を眺めれば、次のように言うことができよう。

最判①において登場する「居住者等」は、現実には損害を被った場合には被害者として賠償を請求できる立場にあるものの、建物の瑕疵が存在するというだけで具体的な損害を被っていない時点ではいまだ具体的な利害を有しているわけではない

し、「居住者等」の具体的な特定も困難である。その結果、「居住者等」の利益は不法行為法の範疇から除外されることになり、安全性を欠く建物から具体的な被害を生じた段階になって初めて、被害者となった「居住者等」に救済が与えられることになるわけである。しかしながら、建物の安全性が確保されれば具体的な被害が生じる余地はないのであり、それこそが「居住者等」に対する真の保護を与えることにつながるのではなかろうか。⁽⁹¹⁾ そうであるとすれば、未だ特定の被害者が生じておらず、抽象的な利害関係しか有しない「居住者等」が存在するにすぎない段階で、これらの者の利益を民事責任の枠内にくみ取る制度が必要になる。ここでの賠償請求権は、このような必要性に支えられたものである、とさしあたり位置づけることができる。

2 賠償金に付される制約と請求権者

このように、「居住者等」の利益のために一定の者に賠償請求権を与えることが必要であるとして、この場合の賠償金に何らかの制約を付すべきか。この問題は、賠償請求権をどのような者に与えるべきか、という問題と密接に関連している。

(1) 制裁としての修補費用賠償？

主張困難な法益への侵害を根拠に、瑕疵を作出したYらの不法行為を制裁する必要がある、かつそれで足りるとすれば、賠償請求権が与えられる者は誰でも良いことになる。したがって、経済的な不利益を受けているXらに与えることは一つの合理的な選択肢であろう。

しかし、このような帰結には疑問がある。

第一に、損害賠償の目的というレベルでの問題がある。建物の「基本的安全性」が害されている場合、まずは「基本的安全性」を回復することを目指すべきではなかろうか。(潜在的)加害者を制裁するという機能は不法行為法の機能の一部に過ぎず、可能であれば、制裁と損害賠償とを両立する方向が目指されるべきであろう。民法711条がとった利益が請求権者に帰属するという解決は、あくまで被侵害利益の絶対的な回復不能性を前提にした次善の策と位置づけるべきではないか。しかも、

(91) 橋本・前掲注(5)413頁も、最判①につき、不法行為制度を「権利侵害に対する防御措置」として機能させるものとして理解しうることを指摘する。もっとも、ここで問題とされている侵害が、居住者である建物取得者のみならず、ひろく「居住者等」一般に及びうるものであり、そのことをふまえて設計・施工者等の義務が設定されていることを看過すべきではないことはすでに述べたとおりである(また、本件で認められうる賠償が実際上防御措置となりえないこともすでに指摘したとおりである)。なお、建物の安全性が「国民の生命、健康及び財産の保護」に関わることについて、建築基準法1条参照。

建物の基本的安全性については、最終的には実害の発生により瑕疵を生じさせた者が制裁を受ける可能性が残されている以上、あえて単なる制裁を目的とした賠償請求を認める必要性は乏しいと言うべきである。

第二に、「Yらが（すでに所有者ではない）Xらに賠償する」という帰結をとる場合、これによって、Yらは居住者等に生じた損害について責任を免れるだろうか。免れるとすれば、現所有者であるBはYらに対して求償できないことになるが、これは通常不法行為の規律に比してBの負担を加重するものである⁽⁹²⁾。他方、免れないとすれば、Yらはいったん修補費用を支出したにもかかわらずさらなる支出を強いられることになる⁽⁹³⁾。このように、Xらに対する使途を限定しない賠償を認めることは、Yの責任を考える上で妥当でない帰結を生むことになる。

そうすると、民法711条と同様の帰結を採用することには慎重にならなければならない。

(2) 修補に向けられた損害賠償

そこで、Yらが支払う修補費用相当額の損害賠償は、瑕疵の修補に使途が限定されていると解釈すべきことが有力な選択肢として浮上してくる。

(i) ここで使途の限定を直接的に実現する法的構成として直ちに浮上するのが信託であるが、訴訟において賠償請求がなされた場合には用いることができない⁽⁹⁴⁾。また、仮に請求認容判決において「瑕疵の修補に用いること」を明示したとしても、実際に修補されることまでを直接に実現することはできないという問題がある⁽⁹⁵⁾。したがって、間接的な方法で使途を限定することがさしあたり現行法のもとでなし得

(92) すでに述べたように、Bが瑕疵を織り込んで取得したか否かにかかわらず、瑕疵を生じさせたことについて責任のあるYらに求償できると解する余地がある。

(93) Yらの立場からすれば、修補費用を得た者が修補していないことに原因がある、と主張したいところであろうが、被害者とは関わりない事情であるし、求償関係においても、現所有者とは関わりない事情であろう。

もっとも、修補費用を支出しただけでYらが責任を免れることは妥当でない、との批判もあり得るかもしれない。ただ、結局のところ瑕疵の修補は現所有者に委ねられているのであり、Yらが現時点で可能なことは修補費用の支出のみであることを考えると、費用の支出時点で直ちに責任を免れるとすることはできないにせよ、一定期間経過後は、瑕疵から生じた損害についてYらに責任は生じないと解すべきではないか。

(94) 信託法3条によって信託の発生原因が法定されている。なお、合意によって工事費用を支出するのであれば、あえて信託を用いなくても足りるであろう。

(95) この点については、すでに紹介したフランス法における純粹環境損害に関する議論においても十分に議論が詰められていないように見受けられる。

る方途であろう。

そのような間接的な方途として構想しうるのは、かかる賠償を認めることで、本来瑕疵について責任を負うべきYらに代わり、修補費用の賠償金を得た者が瑕疵の存在について責任を負うとすることである。すなわち、賠償金を得た者は、瑕疵から実際に損害が生じた場合、所有者・占有者による求償請求や、被害者からの直接の賠償請求を受ける立場になり、また修補費用を支出した者がある場合には、求償を受ける立場になる、というわけである。

(ii) このように解した場合でも、被侵害利益が帰属する法主体が存在しない以上、誰に請求権を与えるべきか、という問題が生じる。この問題について一義的に解答するのは難しいが、ありうべき解決策を検討しよう。

ア まず、最判①と同様に、現所有者以外の者に請求権を与えることを構想することができだろうか。

たしかに、一般論として、所有者は財産的価値に利害を有しているから瑕疵の存在について強い利害を有していると言えるし、第三者との関係でも、瑕疵から侵害が生じないよう瑕疵修補の義務を負っている（民法717条1項）が、このような事情は、事前に瑕疵修補の資金を与えられても変わらないし、むしろ瑕疵修補の資金を得たにもかかわらず修補を行わないことにもなりかねない。このように考えると、事前に瑕疵修補の賠償を与えることは実際の修補を確保するために必ずしも有効な手段ではないことになる。それならば、経済的価値に損失を受けている者（本件ではXら）にいったん修補費用を与え、実際に修補がなされた場合に所有者が賠償を得た者に求償しうるととどまるという制度を構想するのも一つの方向性である。この場合、修補費用を得た者としては、実際に瑕疵が修補された場合においては多くとも修補費用の一部についてのみ求償され、修補されない場合にも事故が起きなければ修補費用の賠償を全額手元に納めることができる。したがって、瑕疵により建物の価値低下という損失を被った者は、その限りで経済的な損失を穴埋めできる可能性がある⁽⁹⁶⁾。このような観点から最判①②を理解する余地がありえよう。

もっとも、その点を重視するのであれば、最判①②が認めたような事前の修補費用の賠償は不要であり、実際に修補が行われた後の求償を認めれば足りることにな

(96) ただし、瑕疵修補費用の求償の場合、Yらから賠償を得たXらは一部しか費用を負担しないのであるから、残余は不当利得とならないか、という問題が生じよう。しかし、瑕疵修補費用の賠償は、Yらの「不法行為責任を負うべき地位」全体の引き受けの対価と見るべきであるから、必ずしも不当利得となるわけではないと考えられる。

るが、このことは、最判②が、差戻控訴審が具体的な侵害の危険を要求したのと異なり、「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瑕疵も含まれる」として侵害予防的な考慮を前面に出したものと見うることと整合しないのではないか。また、この場合にXらが最も経済的な利得を得る可能性があるのは、瑕疵が修補されず、かつ第三者への侵害が生じないという状態である。この状況は、抽象的な利害関係しか有しない第三者の利益をくみ取るという制度趣旨に反しよう。結局、ここでXらの賠償を認めても、瑕疵から生じた損害ないし瑕疵の修補について責任を負う主体が変更されるに過ぎず、損害の予防という観点からは無意味なものと言わざるを得ない。

イ これに対して、所有者が修補を実行することで初めて侵害が予防されるところ、所有者が、無資力とは言わないまでも必ずしも十分な資力が無く、修補費用を先に得ないと実際に工事ができない場合があり得る⁽⁹⁷⁾。その場合、修補費用を与えなければ居住者等の利益は危険にさらされたままであるから、瑕疵が修補される以前の修補費用相当額の賠償を認めることは、かかる危険の除去の可能性が広がることを重視するものと考えることができる⁽⁹⁸⁾。しかも、前述のように、所有者でない者が修補資金を得たとしても、この者がもっとも利益を得るのは、瑕疵を修補せず、かつ侵害が生じない場合であるから、この者が修補に協力する可能性は乏しいのに対して、建物所有者は、事前に修補費用を得ることで修補のインセンティブが高まるわけではないが、それでも建物の価値上昇に一応のインセンティブがある。そこで、瑕疵の修補を可能にするとの要請のもと、建物所有者に賠償を与えるとの方策を検討に値しよう。この場合、全額の賠償を認める余地があると言うべきである^{(99) (100)}。なお、

(97) 本件におけるXらは、本件訴訟提起時においては所有者であったが、住宅ローンなどを抱えた状態では新たに修補費用を出資することは難しいであろう。実際、Xらは訴訟継続中に抵当権の実行による競売によって本件建物の所有権を失ったのであった。

(98) その点で、事務管理と異なって実質上の事前求償を認めるメリットがあると解することになる。そもそも、事務管理は他人のための事務を義務無く行うことで当該他人の利益を図るものだが、ここでの事務は、共同不法行為者たる「他人」の事務であると同時に、本来の保護の対象は「居住者等」であり、他人の事務もその保護のために課されているに過ぎない。したがって、本来的に事務管理とは異なると言うことができ、事務管理と同一に解する必要は無からう。

(99) Yらと所有者とが潜在的な共同不法行為関係だとすると、修補費用の求償は一部だけではないかという疑問もありうるが、次のように考えられよう。求償関係は修補義務を負う者同士の内部関係の問題であり、ここでの修補は居住者等の関係での義務である。そうであれば、修補費用全額が無ければ修補できず、そうでないと利用者等の権利が害される（無資力の負担を潜在的被害者が負うことになってしまう）以上、全額の請求が認められるとすることには理由がある。

瑕疵を知って当該建物の所有権を得た者からの修補費用請求を認めるべきかが問題となり得るが、「居住者等」への侵害予防を図るという観点からやむを得ないとする考え方もあり得る⁽¹⁰¹⁾一方で、その場合には請求をなしえないという選択肢もあり得る^{(102) (103)}かもしれない。

ただし、常に現所有者のみが請求権者であるとする、ひとたび瑕疵修補費用がある時点での所有者に与えられ、その後修補がなされずに所有者が変更された場合に問題が生じる。この場合、一旦支払われた修補費用をYらに返還するのも奇妙で

その代わり、潜在的共同不法行為者としての地位を請求権者は承継することになる。

(100) なお、各当事者の資産状態も問題を考える上での一資料になるかもしれないが、一般論としてはどのように解するのが適切であると言うことはできないだろう。むしろ本件で賠償を得るのは無資力に近い者であり、瑕疵から生じる損害について責任を負うべき者として被害者にとって有利であるとは言えない。

(101) そもそも、一定の目的の実現を図るために、何者かが望外の利益を得るという帰結は、民法上見られないわけではない。その典型例は不法原因給付（民法708条）であるし、また契約が公序良俗違反（同90条）により無効となる場合も同様の事態が生じうる（ただし、公序良俗違反が具体的な当事者を保護する法理として用いられる場合には必ずしもそのようには言えないが）。Bが利得を受けることは、本件建物の財産的価値とは別次元にある不法行為法の帰責のルールに基づくものであり、これが正当であるとすれば、Bが反射的な利益を得ることになってもやむを得ない、と言わざるを得ないであろう。

(102) 瑕疵を知った上で購入するような者がYらに修補費用を事前に請求したところで修補が実際になされる可能性を高めるものではなく、逆に、瑕疵がないことを前提に所有権を得た者には建物の価値の維持（回復）のための修補の実行というインセンティブが強く働く、と考えれば、やむを得ない解決とされる余地がある（ただし事後の求償を許す余地はあろう）。このように解すると、結局は「意思に反して工作物責任を負わされる」ことを被侵害利益とする見解（荻野・前掲注（8）187頁）と同様の帰結となるが、かかる見解があくまで所有者の利益を被侵害利益と考えているのに対し、本稿での検討は、すでに述べたように、本来の保護法益である「居住者等」一般の利益という観点から適切な制度設計を模索するものである。

(103) また、本件とは離れるが、瑕疵を生じさせたYらから直接現所有者Bに売却された場合において、瑕疵の存在を前提にして代金額を算定していた、という事案においてYらの責任をどのように解すべきかが問題となりうる。BとYらとの関係（求償関係）においてYらの負担をゼロとすることはありうるとして、「居住者等」一般との関係でもYらが責任を負わないことになるか、という問題である。この場合、結局は「居住者等」との関係で「瑕疵を修補した」と同等の義務履行があったか、という問題に帰着することになろう。そのような視点からこの事案を眺めれば、「瑕疵が存在するという前提で売った」というだけで修補の責任を果たしたと見るべきではなかろう。この場合、Yらは危険な建物を創出し、それが存在し続けることを容認しているに過ぎないのであり、依然として共同不法行為者たる地位を失っていないのである。

結局、代金の減額が瑕疵の修補に向けられている必要があるというべきであり、そのための適切な方途（合意によるのであれば信託など）の活用が図られるべきことになろう。

あるから、旧所有者に修補費用が帰属し、後の所有者は、この旧所有者に対して修補費用を請求することになる。所有者が瑕疵から生じる損害について責任を負うとされている以上、瑕疵が実際に修補されない限り、所有権の移転によってこのような循環が生じざるを得ない。そのような帰結は、所有者が建物の瑕疵について責任を負うとされている以上やむを得ないこととなろうが、制度としての適切さには疑問が残るところである。^{(104) (105)}

(iii) 以上で見たように、いかなる理解を採るにせよ、「居住者等」への予防的措置を所有者等への「金銭賠償」という形で確保することは難しく、不法行為法において適切な制度を構築することは困難であると言わざるを得ない。その意味で、最判①②は勇み足の印象を免れないところである。また、さらに進んで次のような問題もある。

第一に、不法行為法の内部における、最判①が認めた請求権の位置付けについての問題がある。すでに指摘したように、不法行為法の原則規定である民法709条は権利を侵害された者に賠償請求権を与えるものであるところ、このような請求権はその例外と位置づけることになるが、これを判例上創設することへの疑問がある。^{(106) (107)}

第二に、第一の点と関わるが、土地の工作物である「建物」以外の物の瑕疵について、どの程度まで射程が及びうるのか、という問題がある。さしあたり「危険源」

(104) このような循環が生じることが制度として耐えられないということであれば、そもそも事前の修補費用の請求は不可能とするほかないであろう。もっとも、建物の流通性がさほど高くないとすれば、弊害もさほど大きくないと考えることもできる。

なお、この場合には「現実賠償」のみを認めるのが適切ではないと思われるが、ここでは立ち入ることができない。

(105) 本件は、訴訟提起時において所有者であったXらが、訴訟係属中に競売によって所有権を失った事案であり、異なる考慮が妥当するかもしれない。訴訟係属中に所有権を失うことで請求権を失うとすれば、訴訟の棄却と別訴の提起という迂遠な経過をもたらしかねないからである。しかし、所有権の移転とともに修補費用請求権が移転すると解すれば、訴訟承継（民訴50条、51条）によって対処する余地もあろう。むしろ、旧所有者が原告となって終局判決を経て執行まで行った上で、さらに現所有者が旧所有者に対する訴訟を行う方が手続の負担が増すのではないか。

(106) 本稿は、最判①②によって「第三者のための瑕疵修補請求」が一定の者に認められることを前提に、あり得べき制度を検討したものに過ぎない。本来であれば、種々の政策的要請（必要性や例外と設けるメリット・デメリットなど）を斟酌した上で、立法によって決すべき問題であろう。

(107) 本稿では立ち入ることができなかつたが、前掲注（1）・最判平成22年6月17日で問題となっているような、建物の建て替え事例についても、同様の観点から整理することが必要になるだろう。

としての位置づけを伝統的に与えられている土地の工作物については事前の修補の必要性が高いと考えるという立論は十分あり得るが、現代においては危険性のある物は枚挙にいとまがないのであって、これらについても同様に解することができるのか、という問題はなお残る。この点は、次の第三の点とも関わってこよう。

第三に、民法・不法行為法が果たすことが可能な役割の範囲という観点からの問題がある。すでに述べたように、「居住者等」の安全のための事前の修補請求の途を認めたとしても、それは瑕疵を除却するための十分条件ではない。そうであるとすると、「居住者等」の基本的安全性を確保するための手段として、現所有者に修補費用請求を認めることが果たして有効かつ適切なのであろうか。民法の枠内でこのような「公共安全」に関わる制度を引き受けることができるのか、問題が残るところである。結局、建物の「公共」的な性格を正面から認めるのであれば、適切な行政上の措置が講じられるべきであらう。⁽¹⁰⁹⁾

おわりに

「建物」は、民法上、二つの現れ方をする。一方で、建物は個人の財産権の対象となり、経済的取引の対象となるものである。他方で、建物は「土地の工作物」として、個人の利益への脅威の源となり得るものであり、その「基本的安全性」は、その建物の周囲に存在する者全体に関わる一種の公共的な利益であるといえる。建物の「基本的安全性」に存する瑕疵は、この両者が交錯する場面の問題であると言える。

この問題に対して、最判①②は、両者の交錯を十分に解きほぐさないままに賠償請求を認めているのではないか、という憾みがあることは否定し得ないように思われる。⁽¹¹⁰⁾しかしながら、最判①②が示した、建物の基本的安全性について「居住者等」

(108) たとえば自動車の瑕疵（ブレーキの不具合など）についてはどうか、という問題がある。

(109) たとえば、建築基準法上の違法建築については、特定行政庁が是正に必要な措置を命じることが可能であり（同法9条1項）、命じられた者が措置を講じないときは行政代執行も可能である（同条12項）。しかし、このような制度が十分に機能しているわけではないとすれば、民法において一定の（限られた）役割を引き受けることもやむを得ないのかもしれない。なお検討を要するところである。

(110) また、理論的な問題とも関わるが、判決の書き方として疑問を感じる点も多い。第一に、仮に最高裁の「本音」がXの救済にあるのであれば、それに即した法律構成を用いるべきではないか。本稿は、（少なくとも筆者の主観においては）最高裁の理論構成をいわば「正面」から受け止めようとしたものであるが、これとは異なる観点からの分析を許す結論が示されてい

が有する利益が存在するという視点は貴重なものであり、このような視点からの検討をさらに深めていくべきであろう。本稿はささやかながらその一助になることを願って草されたものである。

あるいは、そもそも本稿が行った検討が有する「実益」について訝る向きもあろう。最高裁の「真の意図」がXらの救済にあるとすれば、理論構成の仮託性だけを攻撃すれば足り、あとは「被害者救済」の手段の充実を図ればよい、というわけである。しかし、最高裁の述べる「建物の基本的安全性の確保」という要請がそれ自体異論を差し挟む余地のないものであるだけに、かかる要請を不法行為法上の注意義務の根拠として措定することによって生じる理論的な「弊害」をも明らかにすることによって初めて、最判①②の適切な評価が可能となるのではなかろうか。加えて、不法行為法がいかなる者のいかなる利益を保護し、利益を侵害される（されうる）者にいかなる救済手段を用意できるのか、さらには、民法・不法行為法の領域において引き受けることが可能な範囲はどこまでか、といった点を検討する上で、最判①②は貴重な素材となっていると考えられる。

ともあれ、残された課題を思いつくままに挙げれば、次の通りである。

まず、重要な課題となるのは共同不法行為との関係である。本稿では暫定的な立場を示したに過ぎず、さらなる検討の機会を持ちたいと考えている。また、侵害の予防という観点から言えば、差止請求との関係についても検討の必要があろうし、効果的な侵害予防が図られるためには、行政法的な規制との関係ないし役割分担についても考察を進める必要がある。さらに、「損害賠償」を行うことの（究極的な）目的如何、という問題もある。フランス法において実際に修補がなされる事態を可能な限り確保すべきであると主張される前提には、賠償の理想型は現実賠償であるという理念が存在すると思われる以上、金銭賠償を原則とする日本法との差異についてさらなる検討を要しよう。加えて、専門外ではあるが、民事訴訟手続上の問題も無視できない⁽¹¹¹⁾。

このように残された課題は多いが、本稿の検討が問題状況の一端を明らかにしえ

ること自体、あまり適切な事態ではなかろう。第二に、用語法にも明確性を欠くところが見受けられる（とくに、「生命、身体又は財産」の意味内容にズレが見られる）。これらの点が、最高裁の立場を分析するに当たって無用の障害となっているように感じられる。

(111) 本文で指摘した問題のほかに、ここでの「修補費用相当額」の賠償を認める判決が一種の条件付給付判決として処分権主義との抵触が生じないか、という問題がありそうである。ただ、給付自体は即時に無条件でなされるものであるし（この点で引換給付判決と異なり、通常の給

たことを願って、ひとまず稿を閉じることにする。

〔追記〕 本稿の概要については、東京地方裁判所内での研究会及び金山直樹慶應義塾大学教授開講の演習（於早稲田大学）にて報告させていただく機会を得、貴重なご指摘を賜った。記して御礼を申し上げる。

〔付記〕 本稿は、科学研究費補助金（研究活動スタート支援・課題番号22830021）による研究成果の一部である。

付判決である）、「修補費用」相当額として請求されている以上、原告の意思に反した条件とまでは言えないだろう（そもそも主文において「修補のために用いるべき」ことを宣言すべきものかどうか不明だが）。