



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	移転させられた損失（3・完）：Hannes Unberath, Transferred Loss, Claiming Third Party Loss in Contract Law（2003）の紹介とイギリス法の分析を中心にして
Author(s)	新堂，明子
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集，59(1)，344[179]-294[229]
Issue Date	2008-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/33823
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-1_p344-294.pdf



移転させられた損失（３・完）

—— Hannes Unberath, *Transferred Loss, Claiming Third Party Loss in Contract Law* (2003) の紹介とイギリス法の分析を中心にして ——

新 堂 明 子

目 次 主要な判決および制定法

はじめに

I. Hannes Unberath, *Transferred Loss, Claiming Third Party Loss in Contract Law* (2003) の紹介

II. イギリス法の分析

(1) 物品運送法

Dunlop v Lambert (1839) MacI & R 663

Bill of Lading Act 1855

The Albazero [1977] AC 774

Carriage of Goods by Sea Act 1992 (以上58巻5号)

(2) 寄託

(3) 約束の信託

(4) 保険

(5) 代理

(6) 建築法

St Martins [1994] 1 AC 85

Panatown [2001] 1 AC 518

III. 学説の検討

(以上58巻6号)

Ⅳ. 日本法との比較

（1）物品運送法

（ア）ハーグ・ルールズ、および、ハーグ・ヴィスビー・ルールズ

（イ）イギリス法

Carriage of Goods by Sea Act 1971

The Aliakmon [1986] AC 785

（ウ）日本法

国際海上物品運送法

最判昭和44年10月17日判時575号71頁

（2）建築法

（ア）イギリス法

Anns [1978] AC 728

Murphy [1991] 1 AC 398

（イ）日本法

最判平成15年11月14日民集57巻10号1561頁

最判平成19年7月6日民集61巻5号1769頁

おわりに

（以上本号）

Ⅳ. 日本法との比較

（1）物品運送法

（ア）ハーグ・ルールズ、および、ハーグ・ヴィスビー・ルールズ

1924年のブリュッセル・コンベンションは、船荷証券に関する統一規則集を採択した。これは、ハーグ・ルールズとして知られており、船荷証券による海上運送契約のもとでの荷主、船荷証券に名指しされた荷送人、および証券の被裏書人に対する運送人の権利、義務、および、免責を規定するものである。

1968年のブリュッセル・プロトコルは、ブリュッセル・コンベンションを改訂している。これは、ヴィスビー・ルールズとして知られており、ハーグ・ルールズを改訂するものである。ブリュッセル・コンベンションおよびプロトコルは単一の法律として読まれ、訳されており、最初および改訂版の規則集は単一の規則集を形作り、ハーグ・ヴィスビー・ルールズとして知られている。

1979年のブリュッセル・プロトコルは、ブリュッセル・コンベンションを再度改訂している^{207,208}。

(イ) イギリス法

(a) Carriage of Goods by Sea Act 1971 (海上物品運送法1971年)

——運送人の責任——

イギリスにおいては、ハーグ・ルールズは、海上物品運送法1924年によって、ハーグ・ヴィスビー・ルールズは、海上物品運送法1971年によって、制定法としての効力を与えられた。1971年法は1924年法を廃棄するものであったために、最初の未改訂のハーグ・ルールズはイギリスにおいては効力を失っている。ハーグ・ヴィスビー・ルールズは、ハーグ・ルールズと比べて、さまざまな点で、たとえば、責任制限、提訴制限（時効）、善意の譲受人に関する船荷証券の証拠力の点で、その適用の範囲を大幅に拡大している²⁰⁹。

海上物品運送法1971年1条「改正されたハーグ・ルールズの適用」(1)項によれば、本法において、「ルールズ (Rules)」とは、1924年8月25日にブリュッセルで署名され、1968年2月23日にブリュッセルで署名されたプロトコル（および1970年12月21日にブリュッセルで署名されたプロトコル）によって修正された、船荷証券に関するある規則の統一のための国際条約を意味する。そして、同条(2)項によれば、ルールズの条項は、本法に別表 (Schedule) として掲げられており、法的効力を有するものと定められている。

²⁰⁷ ハーグ・ヴィスビー・ルールズのほかに、ハンブルグ・ルールズがある。これは、1978年にハンブルグで採択された、物品運送に関する国連条約の成果である。ハンブルグ・ルールズは、ハーグ・ヴィスビー・ルールとは重要な点で違いがあるが、これに取って代わるべく企図されたものである。1992年11月1日、ハンブルグ・ルールズは、条約国に対しては発効したが、主要な海運国のどれもが批准しておらず、近い将来に批准する可能性もない。

上記のような現状に対する不満は、多くの国をして、ハーグ／ハーグ・ヴィスビー／ハンブルグ混成制度 (a hybrid Hague/Hague-Visby/ Hamburg regime) を導入せしめた。つまり、各国がルールズを改善した結果、統一法という観点からは遠のいてしまった。

²⁰⁸ Roy Goode, *Commercial Law* (3rd ed., 2004), pp. 1031-1032.

²⁰⁹ *ibid.* at 1033.

そこで、ハーゲー・ヴィスビー・ルールズ 3 条 2 項をみると、運送人は、適当にかつ注意深く、運送品を積み荷し、取り扱い、積み込み、運送し、保管し、注意し、荷揚げしなければならないとある^{210, 211}。

(b) 運送人に対する過失不法行為に基づく損害賠償請求

さらに、ハーゲー・ヴィスビー・ルールズ 4 条の 2 第 1 項によれば、本ルールズにおいて規定される抗弁および責任の制限は、その訴訟が契約に基づくものであろうと不法行為に基づくものであろうと、運送人に対する、運送契約の対象範囲にある物品の滅失または損傷に関する、どんな訴訟においても適用される²¹²。これは、後述するが、運送人に対する運送契約違反に基づく損害賠償請求と過失不法行為に基づく損害賠償請求がともに認められる際の問題に手当てしたものである。つまり、運送人は、過失不法行為のみに基づいて請求されても、契約責任に関する責任の免除および制限に関するルールズの条項を主張することができるわけである。

そして、ハーゲー・ヴィスビー・ルールズ 4 条の 2 第 2 項によれば、そのような訴訟が運送人の被用者または代理人（独立的請負人は除く）に対して提起された場合、そのような被用者または代理人は、本ルールズのもとで運送人が主張できる抗弁または責任の制限を自身も利用する権利を有す

²¹⁰ 原文を掲げておく。

‘ARTICLE III

2. Subject to the provisions of Article IV, the carrier shall properly and carefully load, handle, stow, carry, keep, care for, and discharge the goods carried.’

²¹¹ Goode, *supra* note 208, at 1040-1041.

²¹² 原文を掲げておく。

‘ARTICLE IV BIS

1. The defences and limits of liability provided for in these Rules shall apply in any action against the carrier in respect of loss or damage to goods covered by a contract of carriage whether the action be founded in contract or in tort.’

る^{213,214}。これは、ヒマラヤ条項を法により認めたものである。

さて、前述したが、運送人の過失により運送品が滅失または損傷した場合には、過失不法行為訴訟の利用が可能である。この訴訟の原告と被告について、以下、検討しておく。

原告は誰か。過失ある作為または不作為の時点における物品の所有者、占有者、または、占有すべき権原を有する者による訴訟の提起を除いては、運送人に対し過失ある行為に基づく訴訟を提起することはできない、ということが現在では確立している²¹⁵。したがって、過失ある行為の時点で、権原または占

²¹³ 原文を掲げておく。

‘2. If such an action is brought against a servant or agent of the carrier (such servant or agent not being an independent contractor), such servant or agent shall be entitled to avail himself of the defences and limits of liability which the carrier is entitled to invoke under these Rules.’

²¹⁴ 契約（第三者の権利）法1999年の制定により、ヒマラヤ条項をあてにする必要性は少なくなったと解されている。

同法1条「第三者の契約の条項を強制する権利」は、海上物品運送契約には適用されない（同法6条「適用除外」(5)項(a)号）。つまり、同法1条により、第三者（荷受人）が契約上の権利を付与されることはない。しかし、同法1条(6)項により、第三者（運送人の被用者または代理人で、運送約束の履行補助者）が契約上の責任の免除または制限を利用することは可能である。これにより、独立的請負人も、運送人が主張できる抗弁または責任の制限を利用できることになった。

²¹⁵ *The Aliakmon* [1986] AC 785.

【事実】 売主は、原告である買主との間で、多量のスティール・コイルをコリアで船積みし、イミンガムまでの運賃を売主が負担する c. and f. 条件による売買契約を締結した。他方、買主は、180日の支払期限のある買主の銀行により裏書きされた為替手形により、そして、それと船荷証券の交換により、代金を支払う予定になっていた。買主は、船荷証券が提供される前に、スティール・コイルを転売しようとしたが、実現できず、買主の銀行は、為替手形の支払いを拒絶した。そこで、買主と売主の代表者の間で問題解決のための話し合いの場がもたれた。そして、船荷証券は売主から買主へと送られ、手紙のやりとりにより、以下の合意がなされた。すなわち、物品については、後の通知の時ま

有に対する権利を取得していなかった物品の買主は、物理的損害を被っているわけではないので、経済的金銭的損失を被っているにもかかわらず、訴える権

で売主に処分権があり、買主による売却については、売主に通知されるべきである。その後、買主は船荷証券をその他の書類とともにイミンガムの代理人に呈示し、物品が到着したら、税関を通じて船荷を下ろすことを指示し、自分（買主）は売主の代理人として行為する義務ないし責任を負う者であると述べつつ、売主の指図のみに従うべく倉庫へ物品をおくように指示した。

物品は、被告である船主の船 *Aliakmon* 号に船積みされた。本船については定期傭船契約が締結されており、傭船者に船荷の積み方につき責任があったが、船主にも積み方に介入して指示できるとの留保が付されていた。しかし、不適切な積み方のために、物品が損傷した。そこで、買主は船主に対し、物品の損傷により被った損失について、契約違反および／または義務違反に基づいて、損害賠償を請求する訴訟を提起した。

【第1審】 船主は買主に対して契約に基づく責任があったとした。なぜならば、船荷証券法1855年1条によれば、売主の訴える権利は買主に移転しているの、不法行為に基づく請求は成立しないからであるとした。これに対し、被告である船主が控訴した。

【控訴審】 控訴を認容し、本件事実においては、買主は船主を訴えるべくいかなる権利もないとした。これに対し、原告である買主が上告した。

【貴族院】 貴族院は上告を棄却し、以下のように判示した。

所有権に対する損失ないし損害により原告に損失が生じたために、原告が訴えるためには、彼は、損失または損害が生じた時に、所有権または占有すべき権利を有していなければならない。つまり、単なる契約上の権利をもっているだけでは十分ではない。したがって、c. and f. 条件の契約のもとでの買主は損失の時点で所有者でも占有者でもないことから、買主は船主に対し、不法行為に基づいて訴える権利はない。

【検討】 本稿は、受約者ではなく第三者に生じた損失について、受約者が約束者に対し契約違反に基づいて賠償を請求することができるかという問題を考察しているが、本件は、第三者が約束者に対し不法行為に基づいて賠償を請求することができるかという問題を考察している。

第三者は不法行為に基づいて純粋経済損失の賠償を請求しているが、これを貴族院は否定したわけである。つまり、被害者は、その身体に物理的に被害が生じ、または、その財産（その所有権または占有すべき権利を被害者が取得したところの運送品）に物理的に損害が生じれば、加害者に対し過失不法行為に基づいて損害賠償を請求できるが、その債権または期待権が経済的に侵害されただけでは、加害者に対して過失不法行為に基づいて損害賠償を請求できない。

利を有さないし、その当然の結果として、過失ある行為の時点で、物品が全体から分離されておらず特定されてなければ、原告の請求は挫折する。反対に、物品の滅失または損傷の時点において自分は所有権または占有権を有していたと証明することができる者は、たとえ彼自身、別の人が危険を負担していたために、損失を被らなかったとしても、過失ある行為に基づく損害の賠償を回復することができる。

被告は誰か。自らの不注意な作為または不作為により物品を滅失または損傷させた人であれば誰に対しても、たとえば、運送人、運送人の被用者、独立的請負人であっても、過失に基づく請求は可能である²¹⁶。

(c) Carriage of Goods by Sea Act 1922 (海上物品運送法1922年)

——運送契約上の訴える権利の移転——

海上物品運送法1922年は、法律委員会の提言²¹⁷を制定法化したものである。これは、運送人の責任に関するものではなく、運送契約上の訴える権利、および、責任 (title to sue and liability on the contract of carriage) に関する重要な立法である²¹⁸。詳細については、前述したが²¹⁹、まとめておこう。

コモン・ローにおいては、荷主と運送人の間で、船荷証券により証明されるところの契約が締結され、運送人と荷受人または被裏書人の間には、契約関係はない。したがって、コモン・ローにおいては、荷受人または被裏書人は、運送契約のもとでの権利を取得しない。

船荷証券法1855年1条によると、荷受人または被裏書人は、運送人への運送品の委託もしくは船荷証券の裏書きの時にまたはそれを理由として物品の所有権が荷受人または被裏書人に移転する場合に、運送契約のもとでの荷主の権利の制定法上の譲受人となる (statutory assignee)。本条は以下のとおり、訴える権利の移転に深刻な制限を課すものである。第1に、本法の適用は、船荷証券が発行されている場合に限定される。第2に、物品の所有権を取得した者しか訴えることができない。つまり、担保のために船荷証券を譲り受けた人も、売主が処分権を留保したところの物品の買主も、訴えることはできない。第3

²¹⁶ Goode, *supra* note 208, at 1058-1059, 1060-1061.

²¹⁷ *Rights of Suit in Respect of Carriage of Goods by Sea* (Law Com No 196, Scot Law Com No 130, HC 250, 1991).

²¹⁸ Goode, *supra* note 208, at 1033.

²¹⁹ 前掲Ⅱ (1) (ク)。

に、運送人への運送品の委託もしくは船荷証券の裏書きの時にまたはそれを理由として物品の所有権が荷受人または被裏書人に移転しなかったが、運送人への運送品の委託もしくは船荷証券の裏書きに続いて物品の所有権が荷受人または被裏書人に移転した場合、たとえば、ばら荷のうちの特定されていない部分を範囲として包含する船荷証券の場合、物品の所有権を取得した買主でさえも保護されない。これらのすべての場合に、荷主の請求を譲り受けることなくして、最大限、買主が期待できることは、船荷証券の呈示および運賃の提供または受領を証拠として提出することにより、買主と運送人の間に黙示の新たな契約が成立したと主張すること、あるいは、滅失または損傷の時点で、所有権原または占有権原を取得しており、それが侵害されたとして、不法行為に基づいて請求すること、くらいである。

海上物品運送法1992年は、船荷証券法1855年を廃棄したものであるが、運送契約のもとでの荷主の権利の制定法上の譲渡のために（statutory assignment）、より寛大な制度を提供した。まず、同法2条1項によると、船荷証券の正当な所持人になった者、または、スィー・ウェイビル（sea waybill）もしくは船舶荷渡指図書（ship's delivery order）のもとで引渡しがなされるところの人は、あたかも彼が契約の当事者であるかのごとく、運送契約のもとでのすべての訴える権利を移され、かつ、与えられる。また、同条4項によると、運送契約違反により第三者が損失または損害を被った場合、船荷証券の正当な所持人等は、第三者のために訴えることができる——これこそが、著者（Unberath）によれば、移転させられた損失の法理を制定法化した唯一の例である——。また、同条5項によると、現在の所持人に権利が移転した当然の結果として、荷主または中間の所持人に与えられていたすべての訴える権利は消滅する。しかし、譲受人が自己の利益のためではなく、譲渡人の代理人として船荷証券を所持する場合、たとえば、銀行が船荷証券に対する支払いを受ける目的のために所持する場合、譲渡人こそが、譲受人の直接の占有のおかげで、運送人に対して寄託に基づいて訴える権利を維持するに十分な占有すべき利益を維持しており、彼こそが訴えることができる²²⁰。

㊦ 日本法

²²⁰ Goode, *supra* note 208, at 1055-1057.

海上物品運送契約については、商法典第3編「海商」第3章「運送」第1節「物品運送」(737～776条)、および、国際海上物品運送法(昭和32・6・13法172)に規定がある。ここでは、後者を概観しておく。

(a) 国際海上物品運送法

—— 運送人の責任 ——

国際海上物品運送法は、1924年の船荷証券に関するある規則の統一のための国際条約(ハーグ・ルールズ)と、その1968年改正議定書(ヴィスビー・ルールズ)および1979年改正議定書を批准して国内法化したものである^{221, 222}。

同法3条「運送品に関する注意義務」1項によれば、「運送人は、自己またはその使用する者が運送品の受取、船積、積付、運送、保管、荷揚及び引渡につき注意を怠ったことにより生じた運送品の滅失、損傷又は延着について、損害賠償の責を負う。」とある。

(b) 運送人に対する過失不法行為に基づく損害賠償請求

同法の最大の特徴として、同法20条の2「運送人等の不法行為責任」が定められたことが挙げられる。

同条1項によれば、同法における免責および責任制限に関する規定は、運送品に関して荷送人、荷受人または船荷証券所持人が運送人に対して、契約違反ではなく不法行為に基づいて損害賠償を請求した場合にも、適用される。契約違反に基づく請求の場合には、同法の免責および責任制限の規定に基づいて抗弁することができるのに、不法行為に基づく請求の場合に抗弁することができないとすれば、運送人と荷主の利益の調和を企図した同法の趣旨が容易に潜脱されるおそれがあるからである²²³。

²²¹ ハンブルグ・ルールズについては、運送人の責任を大幅に強化したものであり、発展途上国の指示により、すでに成立かつ発効しているが、日本は加盟していない。

²²² 江頭憲治郎『商取引法』(第四版、2005) 257～258頁。

²²³ 1992(平成4)年、国際海上物品運送法に20条の2「運送人等の不法行為責任」が新設されたが、それより前に出された最判昭和44年10月17日判時575号71頁は、請求権は当然競合するとし、同法14条「責任の消滅」は契約責任に関する規定であり、不法行為責任に対しては適用されないとした。

【事実】 A興業はB船舶との間で合成樹脂をヒューストンから横浜まで海上運送するとの契約を締結した。B船舶はこれを横浜港まで運んだうえ、日通(被

同条2項によれば、前項の規定により運送品に関する運送人の責任が免除または軽減される場合には、運送人の使用する者の責任も同じ限度で免除または軽減される。これは、ヒマラヤ条項を法により認めたものである²²⁴。

（c）運送人に対する運送契約上の訴える権利の移転

イギリスの海上物品運送法1992年が運送契約上の訴える権利の移転に関して明確な規定をおくのに対して、日本の国際海上物品運送法は運送契約上の訴える権利の移転に関する規定をおかない。

ただし、運送品の引渡しを受けるべき者については、つぎのとおりである。船荷証券が発行されている場合、船荷証券の正当な所持人は、船荷証券と引換えに、運送人に対して運送品の引渡しを請求できる（同法10条）。船荷証券が発行されていない場合、運送品が到達地に達した後は、荷受人は運送契約上の荷送人の権利を取得するから、当然に運送品の引渡しを請求できる（同法20条2項）²²⁵。おそらくは、この者が運送契約上の訴える権利を行使するのであろう。

告）にこれを荷役するよう委託した。日通は被用者をして沖中仕を指揮および監督させて荷役させた。ところが、その荷積作業中、合成樹脂の一部を汚損してしまった。日本火災海上保険（原告）はA興業との間で海上保険契約を締結していたので、この契約に基づいてその損害を填補したうえ、A興業に代位し、日通に対して、その損害についての使用者責任を追及した。

【判旨】第1に、運送人の責任に関し、運送契約の債務不履行に基づく賠償請求権と不法行為に基づく賠償請求権は当然競合するのであって、不法行為責任の成立するのを、運送品の取扱上通常予想される事態ではなく、契約本来の目的範囲を著しく逸脱する場合にだけ限定したものではない。のみならず、荷役業者（日通）は、運送契約の当事者ではないから、運送人（B船舶）の運送委託者（A興業）に対する運送契約上の債務不履行に基づく損害賠償義務のいかんは、直ちに荷役業者（日通）の運送委託者（A興業）に対する不法行為に基づく損害賠償義務の成否に影響を及ぼすものとはいえない。

第2に、国際海上物品運送法14条「責任の消滅」の規定は、運送人の運送契約に基づく債務不履行責任に関するものであって、運送人または荷役業者に対する不法行為による損害賠償の請求については、その適用はない。

²²⁴ 江頭・前掲注222・288～292頁；落合誠一「運送人等の不法行為責任」（1992）海法会誌復刊36号61頁以下。

²²⁵ 江頭・前掲・284～285頁。

(2) 建築法

(ア) イギリス法

過失不法行為に基づく純粋経済損失の賠償は肯定されるべきか。ここでは、とくに建物の瑕疵自体の問題を検討する。

最初に概略すると、*Anns* [1978] AC 728において、貴族院は、過失不法行為に基づく純粋経済損失の賠償を排除する理由はないと判示した。*Anns* における Lord Wilberforce のアプローチは *Junior Books* [1983] AC 520²²⁶において

²²⁶ *Junior Books Ltd v Veitchi Co Ltd* [1983] AC 520.

【事実】 建築会社は、原告との間で、工場を建築する契約を締結したが（請負契約）、床張請負専門の被告に、その床張りを下請けに出した（下請負契約）。原告と被告との間には、契約関係はなかった。

原告は、被告の過失のせいで、床には瑕疵があること、被告は、床張りの専門家として、どんな製作物が要求されていたかを知っていたこと、被告のみが、床の設計および製作について責任があること、および、被告は、原告が被告の技術および判断を信頼していたことを知っていたことを主張した。原告はまた、床のひびの結果、原告は損失および損害を被ったと主張し、床を張り替える費用とともに、たとえば床の張り替えに伴う機械の引越しの費用、および、床を張り替える期間中の逸失利益のような、床の張り替えに伴う結果的かつ経済的金銭的な損失の賠償を請求する訴訟を提起した。しかし、その床の状態が、人身に対する被害または工場にある財産に対する損害を生じさせるほど、または、生じさせるおそれがあるほど、危険であるとは主張しなかった。

【判決】 4対1で、被告による上告を棄却し、原告を勝訴させた。

当事者の間の関係が十分に近い場合、仕事をする人により負担される不法行為における注意義務の範囲は、過失ある作為または不作為により、予見可能な、人身に対する被害または仕事の目的物以外の財産に対する損害が引き起こされるのを防ぐ義務に限定されず、仕事の瑕疵から生じる純粋経済損失が引き起こされるのを防ぐ義務にまで拡張される。さらに、仕事の瑕疵自体の発生を防止する義務にまで拡張される。

原告の主張が正しいとして、原告は、注意義務を肯定するのに十分な程度の近接性（proximity）を証明し、その義務を制限するものは何もないことを証明した。したがって、原告は、床を修理するための金銭的損失を回復する権利を有する。しかし、床の維持費用は高くつくために、原告のビジネスはよりもうけの少ないものとなるが、床の修理費用しか回復することができない。かりに、原告が自己の損失を軽減するために床を張り直すとすれば、そうする費用

最高潮に達したが、一転、*Murphy* [1991] 1 AC 398において、貴族院は、長期間にわたる論争に終止符を打ち、瑕疵ある建物自体は純粋経済損失であると判示したうえで、過失不法行為に基づく純粋経済損失の賠償を完全に否定した。そこで、実務では、注意義務証書（Duty of Care Deed, DCD）が発案され、利用されるようになったし、訴訟では、受約者が第三者の損失につき賠償を求めべく試みるに至ったことは、前述したとおりである²²⁷。

以下、*Anns*と*Murphy*を詳しくみていく。

(a) *Anns* [1978] AC 728²²⁸

【事実】原告ら（控訴人・被上告人）は、ウィンブルドンにある2階建て建物1棟の中の7つのフラットまたはメゾネットを長期賃貸借している人々である。その建築主である所有者は、建物完成後の1962年に長期賃貸を承諾した。原告らのうち、2名だけが当初からの賃借人であり、残りの者は1967年から1968年の間の日付で賃借権を譲り受けた者である。

1962年2月9日、ミッチャム自治区カOUNシルは、条例に基づいて申請されていた本件建物に関する建築計画を許可した。それに続いて、ミッチャム自治区カOUNシルはマートン・ロンドン自治区カOUNシル（第2被告）に代わり、前者の義務および責任は後者に引き継がれた。

1970年2月、本件建物に構造上の揺れが起こり始め、その結果、とりわけ、

は、被告の責任を金銭的に評価する方法となる。

【検討】加害者の過失の結果、被害者に生じた損害ないし損失の種類を列挙しておく、第1に、被害者の人身に対する被害、第2に、被害者の財産（加害者が受約者に約束したところの仕事の目的物を除く）に対する損害がある。これらは、物理的損害（physical damage）と呼ばれ、過失不法行為に基づく賠償請求の対象となる損害である。第3に、加害者が受約者に約束した仕事の目的物の瑕疵そのもの、第4に、加害者が受約者に約束したところの仕事の目的物の瑕疵のために、被害者に生じた逸失利益がある。これらは、経済的損失（economic loss）ないし金銭的損失（financial loss）と呼ばれ、さらに、物理的損害が伴わない場合、純粋経済損失（pure economic loss）と呼ばれる。*Murphy*により、過失不法行為に基づく純粋経済損失の賠償は否定されることになる。

²²⁷ 前掲注185。

²²⁸ *Anns v Merton London BC* [1978] AC 728.

壁にひびが入り、床が傾いた。

1972年2月21日、建築者（第1被告）とカウンシル（第2被告）のそれぞれに対して令状が発給されたが、後に、この別々の手続は併合された。原告は、建築者（第1被告）に対して、契約違反に基づく損害賠償を請求し、カウンシル（第2被告）に対して、カウンシルの被用者または代理人の過失に基づく損害賠償を請求した。原告のカウンシルに対する請求の原因として、つぎの2つが選択的に主張された。1つは、カウンシル（第2被告）の被用者または代理人は、建築者（第1被告）が、申請された計画では3フィート以上の深さが要求されているのに、実際には2フィート6インチの深さしかない基礎の上に建物を建築しているのを放置していたが、その被告の過失の結果、構造上の損傷が生じた。もう1つは、カウンシルの被用者または代理人は、必要な検査を十分に注意深く行わなかった、または、まったく行わなかった結果、構造上の揺れが生じた。原告らは、とくに、以下のような主張を展開した。すなわち、Public Health Act 1936（公衆衛生法1936年）により付与された権限に依拠して制定された建築条例のもとでは、被告は、建物が計画に従って建築されること、かつ、建物は基礎が覆われる前に検査されること、を確保する義務を負うものである。

建築者（第1被告）は抗弁を提出せず、補修の施工を引き受け、審理にも本審にも出席しなかった。他方、カウンシル（第2被告）は、1973年2月8日、抗弁を提出した。

1974年10月9日、併合された訴訟は、公認の仲裁人へ移送された。1975年10月24日、Judge Edgar Fay は、制定法上、原告らの請求は禁止されると判断した。各財産権の最初の譲渡の時点で時効は走り始めるが、それらの時点のうちの最も遅い時点の日付である1965年11月5日から、令状の発給の日付である1972年2月21日までには、6年余りも経過していたからである。これに対して、原告らが控訴した。

控訴審は、時効の争点を判断せずに、訴えることができる人に対する損害がみつかる前には、彼に訴訟原因は生じないと判示して、控訴を認容した。そして、控訴審は、被告に対し、時効の争点に限定して、上告を許可した。これに対して、カウンシルは、カウンシルが原告らに対して何らの注意義務も負っていなかったことを争点として議論するための許可を求めて、請願した。

貴族院は、カウンシルの請願に同意した。ただし、時効の争点と同様、請願

における争点も、法的には予備的な観点である。そして、Lord Wilberforce に他卿（Lord Diplock, Lord Simon of Glaisdale, Lord Salmon, Lord Russell of Killowen）が賛成し、全員一致で、上告を棄却した。

【Lord Wilberforce（貴族院）】

① カウンシルは原告らに対して何らの注意義務も負っていなかったか否か。

本院における3部作事例——*Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562, *Hedley Byrne* [1964] AC 465²²⁹, *Dorset Yacht* [1970] AC 1004²³⁰——から、特定の状況において注意義務の存在が肯定されるためには、現在における事情を注意義務の存在が肯定された過去の先例における事情に包摂する必要はないということが、現在では確立している。むしろ、2段階アプローチにより、問題に対処すべきである。つまり、第1に、不法行為者と損害を被った者の間に、十分に近接な（proximity）または近隣な（neighbourhood）関係があるか否かを問わなければならない。それはつまり、彼の側の不注意が後者に損害を引き起こしそうであると、不法行為者が合理的に企図（contemplation）する場合、注意義務が肯定されることは明白である。そして、第2に、第1の質問が肯定される場合、当該義務、または、彼らに対して当該義務を負うところの人々の種類、または、義務違反の結果の損害賠償、これらを否定すべき、または、これらの範囲を限定すべき、何らかの理由があるか否かを考慮する必要がある²³¹。

カウンシルと当該地域に新築された建物の所有者および占有者の間の実際の関係は、そのもとでカウンシルが行動するところの、関連の制定法の環境の中で考慮されなければならない。それは公衆衛生法1936年である²³²。これは、とくに建築において遵守されるべき標準を設定することによって、および、地方行政局による建築条例を通じての建築者の工事の監督および管理（supervise and control）を可能にすることによって、建物の所有者および占有者に健康と安全を提供するべく制定されたものである。とくに建物の基礎の監理については、条例により厳格に規定される。すなわち、基礎の標準が明確に設定され、建築者は、行政局に対し、基礎を覆う前に、これから基礎を覆う旨を通知する

²²⁹ *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465.

²³⁰ *Dorset Yacht Co Ltd v Home Office* [1970] AC 1004.

²³¹ *Annals* [1978] AC 728, 751-752.

²³² *ibid.* at 752.

義務を負い、行政局は、その段階で、工事を検査し (inspect)、工事を条例に適合させるべく必要な補正を命ずる権利を有する²³³。

それでは、地方行政局の建物の所有者および占有者に対する義務の範囲を検討する。カウンシルと家屋の所有者および占有者の間には、「近接性」の状況が存在するが、私 (Lord Wilberforce) は、カウンシルの義務の内容は、「近隣性」の法理のみに基礎づけられる、あるいは、たとえば「管理 (control)」のような、実際の関係のみに基礎づけられる、とは思わない。それは、行政局は公共体であり、制定法のもとで職務を履行するものという基本的な要素を無視することになりかねない。つまり、その権限と義務は、私法ではなく公法の見地から定義されうる。この種の訴訟がもたらす問題は、法が、公法上の権限と義務を超えて、および、そのうえに、または、それと並んで、個人に対する私法上の義務を課す際の要件を定義することである。そこで、義務と単なる権限の間の区別が検討されなければならない²³⁴。

公共体に関する制定法は、政策ないし裁量を多く含んでいる。公衆衛生法1936年も、政策ないし裁量を多く含んでいる。どのような検査体制を構築するか、どのくらい予算を配分するかは、地方行政局が、政策として判断することであり、裁量により決定することである。そこで、地方行政局は、検査すべき義務を負うことはない結論づけられることがある²³⁵。しかし、これは、私 (Lord Wilberforce) には粗雑な議論にみえる。つまり、これは、地方行政局は公共体であり、当該地方の公衆衛生に対して明らかに責任を負いながら制定法のもとで職務を履行している事実を見過ぐす議論である。地方行政局は、責任をもって、かつ、制定法の目的との調和を根拠として、裁量的な決定をしなければならないし、現にそうしている。地方行政局は、検査すべきかどうかについて適切に考慮する義務があり、検査しなかった場合の攻撃に対する免責の特権は、大権ではあるが、完全ではない²³⁶。

検査に関して負う義務は、合理的な注意を払う義務であるべきである。注意の標準は、履行されるべき義務と結び付けられるべきであり、履行されるべき

²³³ *ibid.* at 753.

²³⁴ *ibid.* at 753-754.

²³⁵ *ibid.* at 754-755.

²³⁶ *ibid.* at 754-755.

義務の中身は、条例の遵守を確保すべき義務である。条例の遵守を確保すべき義務は、制定法のもとで生じる義務ではあるが、その履行の仕方には裁量の要素がある。たとえば、検査の日時、方法、検査技術水準は裁量により決定される。したがって、被告の過失を主張する原告は、コモン・ローの注意義務に依拠し始める前に、被告の行為は誠実に行使されるべき裁量の限界を超越していたことを立証しなければならない。彼がそれをできれば、彼は訴えることができる。

そして、Lord Wilberforce は、先例を検討したうえで、以下のように結論づける。ある人が正当な裁量または政策の領域を超えて外に出れば、コモン・ロー上の注意義務が生じる余地がある。制定法により創設されたものが義務か権限かは、コモン・ロー上の注意義務の存在とは無関係である。コモン・ロー上の注意義務は、それが義務の場合にも、それが権限の場合にも、肯定されることがあろう。義務と権限の違いは、権限の場合、その行為が権限の領域を超えなければ、責任は生じえない。本件の場合も同様で、原告は、カウンスルまたは検査官は委嘱された裁量を超えて行動したと主張しており、その事実の認否は、事実審において決定されるべきである。それが認定されれば、注意義務は生じようが、それが認定されなければ、注意義務は生じない。

② 誰に対して義務を負うのか。

検査官の地位にある合理人であれば、その基礎が十分な深度または強度なく覆われれば、その建物の所有者または占有者の安全または健康に対する被害が生じるであろうことは、認識しなければならない。したがって、彼らに対して義務を負う²³⁷。

③ 義務の性質

検査する義務の性質は、検査する権限が付与される目的に深く関わり、その目的とは、条例の遵守を確保することにある。その義務は、建築者が条例に違反する基礎の上に建物を建てることのないよう確保するべく合理的な注意を払う義務を上回るものでも下回るものでもない。したがって、原告の主張のうち、条例の遵守を確保すべき義務の違反に基づくものは適切であるが、計画の不遵守に基づくものは間違っている²³⁸。

④ 損害賠償の性質

²³⁷ *ibid.* at 758.

²³⁸ *ibid.* at 758.

回復可能な損害賠償は、注意義務、すなわちカウンシルについては条例の遵守を確保するべく合理的な注意を払う義務であるが、その違反により発生が予想されうるものすべてである。因果関係の十分な証明は必要であるが、これらの損害賠償は、人身に対する被害および財産に対する損害を含む。私（Lord Wilberforce）の意見では、家屋自体に対する損傷も含む。というのは、基礎の内容に一定の標準を要求する条例の究極の目的は基礎の弱さから生じる建物の損傷を防ぐことにあり、その建物の損傷こそが占有者の健康または安全を危険に曝すものであるからである。

「建物に対する損傷に関して賠償を認めるということは、通常原則である。〔損害の〕分類が必要とされるならば、関連する（relevant）損傷は、私〔Lord Wilberforce〕の意見では、物質的（material）、物理的な（physical）損害であり、そして、回復されるべきものは、占有者の健康または安全に対して何の危険もない状態に家屋を修繕（restore）するために必要な費用であり、（事情によっては）解体しなければならない場合に生じる費用でありうる²³⁹。」

⑤ いつ訴訟原因は生じるか。

私達は、人身に対する被害または財産に対する損害の事例について、それらは何の問題もないので、わきにおくことができる。考慮を必要とするのは、家屋に対する損害のみである。私〔Lord Wilberforce〕の意見では、引渡しの時点で、すなわち、瑕疵ある家屋の移転の時点で、訴訟原因は直ちに生じるとする考え方を採用するべきではない。建物の状況がつぎのようなとき、つまり、建物の占有者の健康または安全に対して現在の危険または切迫した危険（present or imminent danger）がある場合のみ、訴訟原因は生じるのである²⁴⁰。

⑥ Limitation Act 1939（時効法1939年）

1970年に初めて瑕疵が現れたのが事実であれば、1972年に令状が発給されたのであるから、本件訴訟のいずれもが、本法により禁止されることはない。

⑦ 結論

²³⁹ *ibid.* at 759.

²⁴⁰ *ibid.* at 760.

カウンシルによる上告は棄却されるべきである。

(b) *Murphy* [1991] 1 AC 398²⁴¹

【事実】1969年までに、ABC Homes 会社は、ブレントウッドにある用地上に、160件の住宅がある団地を建設した。そのうちの2件は、コンクリートのべた基礎（raft）に土を被せたものの上に建築された。べた基礎は、Grahame Rudkins Associates と呼ばれる民間エンジニア会社により設計された。その設計は、一定量の鉄による補強を含むものであったが、その設計を基礎づける計算書とともに、公衆衛生法1936年64条のもとでの許可を求めべく、カウンシルに提出された。カウンシルは、設計の相当性を判断できる職員がいなかったために、民間のコンサルティング・エンジニアの Messrs S D Mayer & Partners に助言を求めた。彼らの助言は、設計は条件に適合しており、当然に許可されうるといふ趣旨のものであった。それに従い、カウンシルは、1969年1月1日、設計を許可した。

1970年、原告は ABC Homes から、上記2件中の1件を購入し、そこに居を定めた。

1981年から、家屋の内壁に重大なひびが現れ始めた。それに加えて、芝生に水溜まりが出き始めた。原告は、基礎に4分の3インチの広さの割れ目が入っているのを発見した。それは、コンクリートのべた基礎が所々違う割合で沈下し、歪みおよび割れ目が生じたためであった。1985年7月、居間の暖房に通じるガス管がひび割れ、その修理のための費用が£48かかった。それは、主排水管に通じる污水管がひび割れ、污水が基礎に漏れ出たためであった。なお、もう1件も同様に損害が発生していた。

1986年7月、原告は、ある建築者に対し、本件家屋を£30,000で売却した。その建築者は、構造上の瑕疵を承知したうえで、本件家屋を購入し、それを修理せずに、そこに住み続けた。当時、その瑕疵がなかったとすれば、本件家屋の価値は£65,000と合意されていたであろう。原告の保険会社 Norwich Union は、原告に対し、和解において、基礎の沈下に関して£35,000を支払った。証拠によると、当該基礎の修理費用は、およそ£45,000かかるということであった。

1983年9月、原告は、カウンシルに対し、損害の賠償を請求するべく訴訟を

²⁴¹ *Murphy v Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398.

提起した。原告は、£35,000とともに、本件家屋の売却費用、別の家屋の購入費用および引越費用 £3,631・25、絨毯再装備費用 £98、ひび割れたガス管の撤去費用 £48も請求した。

公認仲裁人 Judge Esyr Lewis QC により、事実審は行われた。彼は、原告の請求を全額 (£38,777・25) 認容した。彼が認定した事実は、(1) コンクリートのべた基礎の設計には、鉄により十分に補強されていなかった点で瑕疵があったため、用地として相当なものではなかった。(2) Messrs Mayer は有資格のエンジニアであって、カウンシルは彼の熟練と経験を頼みにしてもよい権利があった。(3) Messrs Mayer には、コンクリートのべた基礎が用地として相当であると判断した点で過失があった。(4) その瑕疵ある設計の結果、べた基礎はひび割れて歪み、所々違う割合で沈下した等の被害が出た。(5) 散発的かつ予見不可能なべた基礎の沈下が、合しても少ないかもしれないが、将来にわたり発生するであろう。(6) 主ガス管のひび割れも、電気製品が水浸しになるような水道管のひび割れも起きる危険があり、污水管のひび割れによる汚水の基礎への漏出とあいまって、家屋の占有者の健康と安全に対する切迫した危険 (imminent danger) を構成する。そこで、同仲裁人は、*Anns* 法理に基づいて、カウンシルは原告に対し過失責任を負うと判断した。さらに、同仲裁人は、カウンシルの、コンクリートのべた基礎の設計の相当性を考慮するにあたり、合理的な注意を払う義務は、民間の有資格者であるコンサルティング・エンジニアの助言を得て、それに基づいて行動するだけでは、履行されたことにはならないとした。

カウンシルは控訴したが、控訴審は控訴を棄却した。

カウンシルは上告したが、貴族院は逆に上告を認容した。Lord Keith of Kinkel に、他卿 (Lord Mackay of Clashfern LC, Lord Bridge of Harwich, Lord Brandon of Oakbrook, Lord Ackner, Lord Oliver of Aylmerton, Lord Jauncey of Tullichettle) がおおむね賛成し、全員一致で、上告を認容した。

【Lord Keith of Kinkel (貴族院)】

① *Anns* における Lord Wilberforce の過失責任に関する 2 段階テスト

私 (Lord Kieth) は、2 段階テストは広汎に適用可能な法理を明示するものとして受け入れられていないとみる。私は、テストの 2 段階目は、何らかの公共の政策に対する特別の考慮がいかなる注意義務をも排除する場合にだけ、行われなければならないものであると考える。 *Council of the Shire of Sutherland*

v Heyman (1985) 157 CLR 424 オーストラリア最高裁判所判決において、Brennan J は、以下のように判示したが、私（Lord Keith）はそれを望ましいと考える。すなわち、法は、新規の過失類型を徐々に（incrementally）、かつ、確立された過失類型との類推により、創り出していくべきであり、定義しがたい「考慮」、すなわち、「当該義務、または、彼らに対して当該義務を負うところの人々の種類、または、義務違反の結果の損害賠償、これらを否定すべき、または、これらの範囲を限定すべき、何らかの理由があるか否か」の「考慮」²⁴²によってしか制限されない、注意義務の明白な歴大な拡張により、創り出していくべきではない²⁴³。

② 人身被害、物的損害

Donoghue v Stevenson [1932] AC 562 法理は、家屋の建築者に対し、彼が注意を払わなければ、建物の瑕疵を通じて、被害または損害を受けそうな人として彼が予見すべきであった人の、生命身体に対する被害または財産に対する損害を避けるために合理的な注意を払う義務を課すべく、適用される²⁴⁴。

③ 隠れた瑕疵

Donoghue v Stevenson [1932] AC 562 においては、隠れた瑕疵しか欠陥（mischief）を構成しない。逆からいうと、明らかな瑕疵により害された者は、製造者に対し救済を求められない。

建物の事例においても、隠れた瑕疵が誰かに被害を与えた場合には、不注意な建築者は、*Donoghue v Stevenson* 法理に基づいて責任を負わなければならない。逆からいうと、*Donoghue v Stevenson* 法理をもってしても、瑕疵を詳しく知っているが、占有を続ける者に対して、建築者の責任を生じさせることはできない²⁴⁵。

④ 純粋経済損失

私（Lord Keith）の意見では、*Anns* における建物の損傷は、Lord Wilberforce により、物理的損害と性質づけられたが、それは、純粋経済損失である。*Council of the Shire of Sutherland v Heyman* (1985) 157 CLR 424 オーストラリア

²⁴² *Anns* [1978] AC 728, 751-752（前掲注231）を引用する。

²⁴³ *Murphy* [1991] 1 AC 398, 461.

²⁴⁴ *ibid.* at 462.

²⁴⁵ *ibid.* at 464.

最高裁判所判決において、Deane J は、以下のように理由づけたが、私 (Lord Keith) はそれに賛成であり、その理由は議論の余地のないもののようにみえる。

「本件 [*Counsil of the shire of Sutherland v Heyman* (1985) 157 CLR 424] における被上告人〔原告〕の請求は、彼ら自身または彼らの財産に対する通常の物的損害に関するものではない。彼らの請求は、今ここで明らかにされたように、不適切な基礎の結果、家屋が倒壊または沈下して惹起された、家屋の構造またはその他の財産に対する損害に関するものではない。それは、基礎の不適切さ自体により表される損失ないし損害に関するものであり、つまり、彼らが財産を取得した時点ですでに存在していた、彼らの財産の中の構造上の瑕疵を修理する費用に関するものである。 *Anns v Merton London Borough Council* [1978] AC 728において、貴族院により、地方政府機関は、建物の基礎の検査に関し、後に建物の一部の長期賃借人（もともとの賃借人としてまたは譲受人としての両方とも）となる者に対し、関連する (relevant) 注意義務を負うと判示された。Lord Willberforce は、その759頁において、〔中略〕、完成した建物の基礎の不適切さのために、賃借人が被った損害の適切な分類法とは、『物質的 (material)、物理的な (physical) 損害であり、そして、回復されるべきものは、占有者の健康または安全に対して何の危険もない状態に家屋を修繕 (restore) するために必要な費用であり、(事情によっては) 解体しなければならない場合に生じる費用でありうる。』との結論を明確にした²⁴⁶。後続の購入者または長期の賃借人が合理的に家屋を取得して基礎を補強することを選択する事例において、現実の不適切な損害についての可能な評価の方法は同卿 [Lord Willberforce] により提示されるものであるかもしれないが、私 [Deane J] は、そのような事情において負担させられた損失を『物質的、物理的な損害』とする分類法には、敬意をもって反対する。続いて起ころう倒壊または沈下により惹起された、建物の構造またはその他の財産に対する結果的な損害に関して、どのような立場をとろうとも、基礎の不適切さ自体を含む損失ないし損害は、不適切な部分はすでに存在するが、それが知られるか明らかになる前に、当該財産を購入または賃借した事例にお

²⁴⁶ *Anns* [1978] AC 728, 759 (前掲注239) を引用する。

いては、通常の物理的または物質的な損害として当然には位置づけられない。そのような事例において、損傷したといえる唯一の財産は建物である。建物自体は、単に基礎が不適切なものであることを理由に、『物質的、物理的な損害』を受けているとはいえない、というのは、建物は、基礎がそのありさまであるとすれば〔『物質的、物理的な損害』を受けている状態であるとすれば〕、絶対に存在しないからである。さらに、たとえ基礎の不適切さを建物に対する物質的、物理的な損害とみることができるとしても、それは、瑕疵が生じる時点では、将来の購入者または賃借人は、瑕疵に少しも興味をもつことはない、そのような財産に対する損害であろう。損失または被害は、そのような購入者または賃借人が、瑕疵ある基礎の知識もないまま、所有権または賃借権を取得した時点、または、それより後になってはじめて被るものである。基礎の不適切さを知らないがために、取得された所有権または賃借権の本来的な価値により保証されるものよりも高い代価が支払われる（または賃料の支払いが約束される）場合、その取得の時点で、何らかのそのような損失または損害を被っているものとしてみるべきであるかは議論の余地がある。このアプローチの欠点は、基礎の不適切さが知られないか明らかにしない限り、付けを払わされるべき損失は割り出されていない（no identifiable loss has come home）点である。すなわち、購入者または賃借人が所有権または賃借権をその間に〔基礎の不適切さが知られるか明らかになる前に〕売却すれば、彼または彼女は基礎の不適切さによる損失をまったく被っていない。これとは別のアプローチは、このほうがより好ましいと、私〔Deane J〕は考えるが、不適切さがはじめて知られるか明らかになる時にのみ、現実の基礎の不適切さに関連する何らかの損失または損害を被ると考えるものである。その時〔基礎の不適切さが知られるか明らかになる時〕にしか、現実到家屋の市場価値の減少が生じない。しかしながら、どちらのアプローチにおいても、建物完成後、建物の利益を得た人が被るところの、現実の基礎の不適切さに関連する損失のいずれもが、その本質において経済的なものである²⁴⁷。」

²⁴⁷ *Murphy* [1991] 1 AC 398, 467-468.

⑤ 純粋経済損失を防ぐことは、地方行政局が原告に対して負う注意義務の範囲に含まれるか。

Lord Keith は、まず、伝統的な法理、*Anns* 判決、その後の判決との関係を考察して、*Anns* 判例を変更すると結論づける。私 (Lord Keith) の意見では、*Anns* は、確立された法理に基礎づけられたものではなく、新種の責任を創り出したものである。その新種の責任は、性質において不確定な法理により、しかし、広い範囲の状況に適用される可能性のある法理により、左右されるものである。そして、その広い範囲の状況とは、不動産と同様に動産も含み、過失法が適切に対処すると今まで決して考えられてこなかった状況である。私は、*Anns* が、何らかの法理に基礎づけられて示されたものではなく、裁判所による立法の注目すべき一例を創り出したものであることを今や認めるべきであると思う。*Anns* の論理的な含意は、*Anns* が経済損失に対する過失不法行為責任に関する伝統的な法理と衝突する可能性を潜在的に有することを示しているところにある。*Anns* 判決から離れることは、*Anns* 判決がめっちゃくちゃにしたところの法の領域における確実性の程度を再構築することは疑いようもない²⁴⁸。

Lord Keith は、つぎに、*Anns* 判例の変更について、政策的な考慮等を行う。1 つには、*Anns* 事例は、不注意を抑制し、製造および建築の標準の改善につながるであろうが、やりすぎ自体は欠点となる。また 1 つは、*Anns* 判決は、危険と判った建物の所有者をして放置ではなく修理を奨励するかもしれないが、彼は、本件におけるがごとく、減価での売却を望むかもしれない。また 1 つは、*Anns* 判決は、13年間も存続してきた点には留意すべきであるが、市民が仕事を注文する際、または、地方機関が業務を命令する際、十分に考慮されるようなタイプの判決ではない。つまり、*Anns* 判決が存在すれば、地方機関の支払う保険料は高くなり、*Anns* 判決を否定すれば、それから解放される利点があるが、*Anns* 判決を否定しても、家屋所有者の支払う保険料が飛躍的に増えるようなことにはならないであろう。おそらく、多くの訴えが、本件におけるがごとく、保険会社どうしの争いである点には注意すべきである。また 1 つは、*Anns* 判決は、正義によって説明できるかもしれないが、その背後には論理的に一貫した原則が存在せず、そのために伝統的な過失法をして合理性を無視する混乱に陥らせることになる。最後に、*Anns* 判決は、議会が建築者に

²⁴⁸ *ibid.* at 471-472.

課す義務として適切であると考えられるものをはるかに超えて、建築者に義務を課している点は重要である。Defective Premises Act 1972（瑕疵建物法1972年）²⁴⁹は、*Anns* 判決の際に考慮すべき政策として重要な制定法であるにもかかわらず、*Anns* 判決はそれにあまり注意していない。どんなもの、どんなことが基本的には消費者保護の分野に入るのかについて議論の余地があるし、また、公共の利益により建築者および地方機関に対して課される義務の範囲および限界については、立法に委ねるのが最善である²⁵⁰。

⑥ 結論

Anns は、建築条例または建築規制の遵守を確保するべく取り計らう職能に関し、地方機関に対して課される私法上の注意義務の範囲について誤って判決を下したので、それから離れなければならない。

（c）*Anns* [1978] AC 728と*Murphy* [1991] 1 AC 398の論点ごとの比較

① 過失責任の認否の判断方法

Anns の Lord Wilberforce は、現在の事情を過去の先例に包摂し、徐々に過失法を類型的に確立するという従来の方法を否定し、2段階アプローチを採用すべきであるとする。1段階目は、不法行為者と損害を被った者の間に近接な（proximity）または近隣の（neighbourhood）関係があるかどうかを問うものであり、2段階目は、1段階目で肯定された注意義務を否定ないし制限する理由があるかどうかを問うものである。Lord Wilberforce は、この2段階目の理由の有無の判断において、公法上の権限と義務を超えて私法上の義務を課することができるかどうかを考慮する。それは、カウンスルが建物の所有者または占有者に対して負う義務であり、公法に基づく条例の遵守を確保すべく合理的な注意を払う義務である、と結論づける。

これに対し、*Murphy* の Lord Keith は、2段階アプローチのうち、とくに2段階目のテストを否定する。つまり、1段階目で肯定された注意義務を否定ないし制限する理由があるかどうかの考慮だけでは、注意義務が拡張されすぎるので、従来の方法により、新規の過失類型を過去の過失類型の類推により徐々

²⁴⁹ 同法は、人身被害のみを賠償の対象とする。特別法である同法が規定しない事項については、一般法である過失法が適用される。

²⁵⁰ *Murphy* [1991] 1 AC 398, 472.

に創出させていくべきであるとする。そして、ついに、Lord Keith は、*Anns* 判例は、過去の確立された法理に基礎づけられたものではなく、新種の責任を創り出したものであるとして、それを変更する。そして、最後に、Lord Keith は、*Anns* 判例の変更について政策的な考慮等を行う点が特徴的であるが、公共の利益に基づき建築者および地方機関に対して課される義務の範囲および限界については、立法に委ねるのが最善である、と結論づける。

② 損害ないし損失の種類

Anns の Lord Wilberforce は、公法に基づく条例の究極の目的と、通常原則とから、建物に対する損傷についての賠償を認めた。まず、公法に基づく条例の究極の目的は基礎の弱さから生じる建物の損傷を防ぐことにあるが、その建物の損傷こそが建物の所有者または占有者の健康または安全を危険に曝すものであるからである。つぎに、通常原則による損害の分類によれば、建物に対する損傷は物質的かつ物理的な損害であり、回復されるべきものは、家屋を修繕するために必要な費用であり、事情によっては建物を解体するために必要な費用である。最後に、建物の所有者または占有者の健康または安全に対して現在の危険または切迫した危険がある場合のみ、建物に対する損害の賠償を求めることができる。最後で、一定のしほりをかけたわけである。

これに対し、*Murphy* の Lord Keith は、オーストラリア最高裁判所判決を詳細に引用して、建物の損傷は経済損失であると断じた。一方で、瑕疵ある建物を購入した時点では、建物の市場価値が約されたものより安いという損失は顕在化しておらず、瑕疵が明らかになった時にはじめて、その損失が顕在化とするアプローチがある。他方で、瑕疵が明らかになった時にはじめて、瑕疵により建物の市場価値が減少するとするアプローチがある。いずれのアプローチをとるにせよ、以上のような損失は経済的なものであるとした。

(イ) 日本法

以上の判例により、イギリス法においては、受約者から建築物を譲り受けた第三者は、約束者に対し、過失不法行為に基づいて、瑕疵ある建物それ自体の賠償を請求することはできなくなった。日本法においては、どうなるのか。以下では、最近の2つの判決を詳しくみておく。

(a) 最判平成15年11月14日民集57巻10号1561頁²⁵¹

【事実】A建設株式会社は、大阪市東成区において建売住宅の建築および販売を計画し、1994（平成6）年5月30日、Y建築設計有限会社に対し、建築予定の本件建物につき、建築確認の申請に使用するための設計図書の作成を依頼するとともに、建築確認の申請手続の代行を委託した。本件建物の建築工事は、建築基準法（平成10年法律第100号による改正前のもの）上、その規模または構造から、一級建築士または二級建築士の設計および工事監理によらなければ、することができないものであった（旧建築基準法5条の2、現建築基準法5条の4）。

Yの代表者であるBは、上記の設計図書を作成し、1994（平成6）年6月2日、これを添付図書として、Aのために本件建物の建築確認を申請した。その際、Bは、建築確認申請書の工事監理者欄に一級建築士の肩書を付した自己の氏名を記載するとともに、Bを工事監理者とする旨の選定届（Bが工事監理することを承諾するとの記載およびBの記名押印のあるもの）を作成し、これを上記の建築確認申請書に添付した。

工事監理者の届出は、建築基準法施行規則上、建築主が工事着手前にすべきものと規定されていたが、大阪市においては、建築士による工事監理を義務づける法的規制を実効性あるものとするため、建築主が建築確認申請段階ですべきものと指導されていた。Bの申請書の記載ならびに選定届の作成および添付は、Aが、本件建築確認申請において、上記の指導に対処するため、Bに対し、工事監理者は未定であるが、建築確認申請書にはBを工事監理者として記載しておいてほしいと要請し、Bがこれに応じて作成したものであった。なお、当時、両者間には、工事監理契約は締結されておらず、将来、締結されるか否かも未定であった。

²⁵¹ 宮坂昌利・最高裁判所判例解説民事篇（平成15年度）3479頁。

本判決の評釈には、つぎのものがある。鎌田薫（2004.4）ジュリ1269号（平成15年度重要判例解説）87頁；角田美穂子（2004.7）法セ595号120頁；加藤新太郎（2004.8）NBL790号111頁；大西邦弘（2004）広法28巻2号177頁；野口昌宏（2005.1）判時1873号186頁（判評551号16頁）；下村信江（2005）私法判例リマークス30号54頁；陳桐花（2005）法学69巻1号145頁；小島彩（2005）法協122巻12号2118頁；朝倉亮子（2006.9）判タ1215号（平成17年度主要民事判例解説）88頁。

建築主事は、1994（平成6）年6月24日、本件建築確認申請につき、添付された設計図書および工事監理者選定届等に基づき、建築物の計画が建築基準関係規定に適合するものであると確認した。Yは、設計図書の作成および建築確認申請手続の代行の報酬として、Aから116万8000円を支払われた。

その後、YまたはBとAとの間で本件建物の建築工事につき工事監理契約が締結されることはなく、Bが本件建物の建築工事につき工事監理に当たることもなかった。Bは、建築が確認されて以降、本件建物の建築工事に関し、何らの措置をとることなく、放置した。

Aは、建築主兼施工者として本件建物の建築工事を行ったが、その際、建築確認を受けるために作らせた上記の設計図書を使用せず、これとは異なる施工図面にに基づき、しかも、実質上、工事監理者がいない状態で建築工事を実施した。そのため、重要な構造部分において建築確認を受けた建築物の計画と異なる工事が実施され、その結果、本件建物は、建築基準法が要求する構造耐力を有しないなど、重大な瑕疵のある建築物となった。

Xらは、1994（平成6）年9月1日、Aから本件建物をその敷地とともに購入し、代金4420万円を支払った。ところが、本件建物は、新築であるにもかかわらず、車両通行時の振動が大きいこと、外壁に多数の亀裂が生じたことなどから、Xらは、その安全性に疑問を抱くようになった。そこで、Xらは、1996（平成8）年2月1日、Aに対し、本件建物に瑕疵があるとして、本件建物およびその敷地の売買契約を解除する旨の意思表示をした。

そして、Xらは、Aに対し、売買契約の解除による原状回復（4420万円）および瑕疵担保責任に基づく損害賠償（登記費用49万5400円、仲介手数料141万5520円、慰謝料300万円、弁護士費用200万円、小計691万0920円）として、または、不法行為に基づく損害賠償として、合計5111万0920円の支払いを請求した。さらに、Xらは、Yに対し、Bは建築士法（平成9年法律第95号による改正前のもの）18条1項²⁵²に基づき、建築士としてその業務を誠実に遂行すべ

²⁵² 条文を掲げておく。

「建築士法（平成9年法律第95号による改正前のもの）18条 建築士は、その業務を誠実に行之、建築物の質の向上に努めなければならない。

2 建築士は、設計を行う場合においては、これを法令又は条例の定める建築物に関する基準に適合するようにしなければならない。

き義務を負っているのにこれを怠ったことにより、Xらが損害を被ったと主張して、不法行為に基づく損害賠償として、同じく、計5111万0920円の支払いを求めた。

大阪地裁は、XらのAに対する請求のほとんどを認めた。すなわち、Aは、Xらに対し、売買契約の解除による原状回復（4420万円）および不法行為に基づく損害賠償（登記費用49万5400円、仲介手数料141万5520円、慰謝料100万円、弁護士費用200万円、小計491万0920円）として、合計491万0920円を支払うよう判示した。しかし、XらのYに対する請求については、棄却した。すなわち、上記の建築確認申請書および選定届の記載のみから、本件建物について、YはXらに対し、建築士法18条1項に基づき、工事監理者としての業務を誠実に遂行すべき義務を負っていたものと認めるのは困難と判断した。

Xらが控訴した。なお、本件は、Aの支払能力が十分でなかったため、Yの責任の有無が実質的には重要となった事案である。

大阪高裁は、XらのYに対する請求の一部（１割）を認容した。

まず、YのXらに対して負う義務の有無および内容について、つぎのようという。実際には最後まで工事監理契約は締結されなかったのであるから、Bには、本件建物の建築工事につき工事監理を行う義務はなかった。しかし、Bは、自らが工事監理者となると表明して建築確認の申請を代行し、建築確認を得させた一級建築士として、Aが工事監理者なしで工事をし危険な建物を建築するようなことのないように配慮すべきであり、その配慮を欠く場合には、建築士法18条1項の規定する誠実に業務を行うべき義務に違反したというべきである。そして、上記の配慮義務は、建築主からの購入者に対しても負うべきである。しかし、Bは、このような配慮をすることなく、建築確認代行業務を履行した後、工事監理関係について放置したのであるから、この義務に違反したものであるというべきである。したがって、建築士であるBを代表者とするYは、Bが上記の義務を怠ったことによりXらが被った損害について、上記義務違反と相当因果関係のある限度でこれを賠償する義務がある。

３ 建築士は、工事監理を行う場合において、工事が設計図書のとおり
に実施されていないと認めるときは、直ちに、工事施工者に注意を与え、
工事施工者がこれに従わないときは、その旨を建築主に報告しなければならない。」

そして、上記の損害の範囲について、つぎのようにいう。

「Xらの損害はAの著しい手抜工事により発生したものであるが、前記認定ほどの違法工事が行われることはあまり例のない事態であり、必ずしも容易に予見できたとは言い難いことと、工事監理者の変更はA限りでできるところであり、BがAにおいて正当に変更の手続をして工事をしているのであらうと考えたとしてもある程度やむを得ない面がないとはいえないこと、及びBの義務違反の性質に照らすと、Bの前記注意義務違反は、Xらが被った損害を2455万5460円〔×2人＝4911万0920円〕として、その1割程度について相当因果関係があると認めるのが相当である。右の1割は、それぞれ245万円〔×2人＝490万円〕になる（千円以下切り捨て）²⁵³。」

Yが上告した。

最高裁は、上告を棄却した。

【判決】まず、建築士法（3条から3条の3まで、18条1項から3項まで）、および、建築基準法（5条の2）の規定の趣旨について、つぎのようにいう。なお、原判決は建築士法18条1項のみを挙げたが、最高裁は複数の規定を列挙していることに注意すべきである。

「建築士法及び〔建築基準〕法の上記各規定の趣旨は、建築物の新築等をする場合におけるその設計及び工事監理に係る業務を、その規模、構造等に応じて、これを適切に行い得る専門的技術を有し、かつ、法令等の定める建築物の基準に適合した設計をし、その設計図書のとおりに工事が実施されるように工事監理を行うべき旨の法的責務が課せられている一級建築士、二級建築士又は木造建築士に独占的に行わせることにより、建築される建築物を建築基準関係規定に適合させ、その基準を守らせることとしたものであって、建築物を建築し、又は購入しようとする者に対し、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を主要

²⁵³ 民集57巻10号1598～1599頁。

な目的の一つとするものである²⁵⁴。」

つぎに、建築士の専門家として特別の地位から、建築士の建築物の購入者に対する義務ないし責任を定立する。

「このように、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、建築士には建築物の設計及び工事監理等の専門家としての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〔建築基準〕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ものというべきであり、建築士が故意又は過失によりこれに違反する行為をした場合には、その行為により損害を被った建築物の購入者に対し、不法行為に基づく賠償責任を負うものと解するのが相当である²⁵⁵。」

そして、以上の判示を本件に適用する。

「Yの代表者であり、一級建築士であるBは、〔中略〕、建築確認申請書にBが本件建物の建築工事について工事監理を行う旨の実体に沿わない記載をしたのであるから、Bには、自己が工事監理を行わないことが明確になった段階で、建築基準関係規定に違反した建築工事が行われなくするための、本件建物の建築工事が着手されるまでに、Aに工事監理者の変更の届出をさせる等の適切な措置をとるべき法的義務があるものというべきである。ところが、Bは、〔中略〕、何らの適切な措置もとらずに放置し、これにより、Aが上記各規定による規制を潜脱することを容易にし、規制の実効性を失わせたものであるから、Bの上記各行為は、上記法的義務に過失により違反した違法行為と解するのが相当である。そして、Aから重大な瑕疵のある本件建物を購入したXらは、Bの上記違法行為により損害を

²⁵⁴ 民集57巻10号1567頁。

²⁵⁵ 民集57巻10号1567頁。

被ったことが明らかである。したがって、Yは、Xらに対し、上記損害につき、不法行為に基づく賠償責任を負うというべきである²⁵⁶。」

以上のように判示したうえで、Yの損害賠償責任を認め、Xらの請求の一部を認容した原審の判断は、以上の趣旨をいうものとして、是認することができると結論づけた。

【検討】 建築士が、建築確認申請手続を代行する場合に、建築主と工事監理契約を締結する意思も見込みもないのに、建築確認申請書の工事監理者欄に自己の名前を記載する運用が一部にあったといわれており、これを建築士の名義貸しと呼ぶことがある。本件は、建築士の名義貸しの典型的な事例であり、名義を貸した建築士の建築物の購入者に対する不法行為に基づく損害賠償責任の認否が問題となったものである。

① 本件は、本稿で主に検討してきた移転させられた損失の事例には当たらない。約束者Yの契約違反により受約者Aの代わりに第三者Xに損失が生じた事例でもないし、あるいは、Yの過失不法行為によりAの代わりにXに損失が生じた事例でもない。一方で、Yは、Aとの間で工事監理契約を締結しなかったことから、契約法上、Aの本件建物の建築工事につき工事監理すべき義務を負うことはない。しかし、他方で、Yは、建築主事に対して工事監理すると表明したことから、制定法上、そしてさらに、私法上、Aの本件建物の建築工事につき、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が提供されるべく、工事監理を行うべき法的義務を負うことになる。YとAとの間に契約は締結されていないが、YにはAによる瑕疵ある建築物の建築を防止すべき義務（作為義務）が課される点で（不作為不法行為事例）、*Anns* [1978] AC 728 および *Murphy* [1991] 1 AC 398に類似する事案であり、専門家の不実表示または業務過誤という点では、*Hedley Byrne & Co v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465または *White v Jones* [1995] 2 AC 207に類似する事例である。

② 上記の義務の根拠については、最高裁調査官が、先行行為に基づく条理上の注意義務ではなく、建築士の一般的な注意義務であることを明らかにしている²⁵⁷。すなわち、建築士は、建築物の購入者に対して、建築士法の各規定

²⁵⁶ 民集57巻10号1567～1568頁。

²⁵⁷ *The Albazero* [1977] AC 774の貴族院も禁反言を根拠とすることを否定した

等の規制（建築士による設計および工事監理）の実効性を失わせるような行為をしてはならないという法的義務を指定することによって、建築士つまり専門家の不法行為責任を肯定したのである²⁵⁸。

公法上の義務の存在が私法上の義務を肯定するか否かに関する議論は、日本法においても蓄積のあるところであるが、*Amns* 判決も同様に議論する。本判決は、当該公法の各規定等の趣旨を説き明かしたうえで、当該公法の各規定等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という法的義務があり、その違反は不法行為による損害賠償責任を導くとする。そして、さらに、専門家としての特別の責任も根拠として挙げる。*Amns* 判決も、同様に、当該公法に基づく条例の遵守を確保すべく合理的な注意を払う義務があり、その違反は不法行為による損害賠償責任を導くとする。他方、本判決が *Amns* 判決と違う点は、1 つは、本判決が、建築者と契約関係にない建築士の名義貸しの不法行為責任を肯定したのに対し、*Amns* 判決は、建築者と契約関係ではないが公法関係にあるカウンシルの不法行為責任を肯定した点、もう 1 つは、当然のことながら、本判決が、専門家の第三者に対する責任を強調したのに対し、*Amns* 判決は、公共体の公衆に対する責任を幅広く検討した点、である。

③ 損害の種類について、本判決は、契約解除による原状回復（代金返還）を不法行為に基づく損害賠償として認めているが、これは、過失不法行為により発生した純粹経済損失、すなわち、瑕疵ある建物自体の価値の賠償を認めたものであるといえよう。というのは、瑕疵がなかったならばあったであろう建物の価値は代金に体现されており、その代金の金額が返還されるということは、瑕疵分の代金も、もちろん残部分の代金も、返還されることになるからである。

④ 損害賠償の範囲について、原判決は、Xらの被った損害の 1 割程度について相当因果関係があると判断しているが、最高裁調査官は、原判決の当否は本判決の判断するところではなく、今後さらに検討されるべき課題であると明言していることに、注意が必要である²⁵⁹。

が、この偶然の一致は興味深いものがある。前掲69、71、72、76参照。

²⁵⁸ 宮坂・前掲注251・281-282頁。

²⁵⁹ 同・前掲・283頁。

(b) 最判平成19年7月6日民集61巻5号1769頁²⁶⁰

【事実】Aは、1988（昭和63）年10月19日、自己所有の本件土地の上に本件建物（9階建ての共同住宅・店舗）の建築を工事代金3億6660万円で請け負わせるべく、土木建築業を目的とする会社Y₂との間で、本件請負契約を締結した。Aは、また、建築設計および企画ならびに工事監理を目的とする会社Y₁との間で、本件建物の建築につき設計および工事監理の委託契約を締結した。

本件建物は1990（平成2）年2月末日に完成し、1990（平成2）年3月2日、Y₂はAに対しこれを引き渡した。

Xらは、1990（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。本件土地および本件建物の各自持分割合は、X₁が4分の3、X₂が4分の1、とされた。

ところが、本件建物にはひび割れ等の瑕疵があることが判明した。そこで、2006（平成18）年7月2日、Xらは、Y₁らに対し、本訴を提起した。つまり、Xらは、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²⁶¹、不法行為に

²⁶⁰ 判時1984号34頁等。

本判決の評釈には、つぎのものがある。河津博史（2007.9）銀行法務21第678号55頁（2008.3）銀行法務21第686号123頁；松本克美（2007）立命313号100頁；幸田雅弘（2007.10）消費者法ニュース73号158頁；同（2008.2）法セ638号18頁；鎌野邦樹（2008.2）NBL875号4頁；塩崎勤（2008.3）民事法情報258号78頁。

²⁶¹ 本件請負契約約款23条は、つぎのように責任を制限していた。

「ア 契約の目的物に施工上の瑕疵があるときは、甲〔発注者〕は、乙〔請負者〕に対して、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を求め、または修補に代えもしくは修補とともに損害の賠償を求めることができる。ただし、瑕疵が重要でなく、かつ、その修補に過大な費用を要するときは、甲〔発注者〕は修補を求めることができない（1項）。」（民法634条と同趣旨）

「イ 前項による瑕疵担保期間は、第22条(1)および(2)の引渡〔工事完了後

基づく損害賠償を請求し、Y₁に対しては、不法行為に基づく損害賠償を請求した。そして、Xらは、Yらに対し、本件建物の瑕疵により、合計6億1696万4100円の損害を被ったと主張して、同内金5億円および弁護士費用2500万円を

の監理者による検査合格後の引渡し]の日から、木造の建物については1年間、石造・金属造・コンクリート造およびこれらに類する建物については2年間とする。ただし、その瑕疵が乙〔請負者〕の故意または重大な過失によって生じたものであるときは1年を5年とし、2年を10年とする(2項)。」(民法638条1項を制限するもの)

「ウ 建築設備の機器・室内装飾・家具などの瑕疵については、引渡の時、丙〔監理者〕が検査してただちにその修補または取替を求めなければ、乙〔請負者〕はその責を負わない。ただし、かくれた瑕疵については、引渡の日から1年間担保の責を負う(3項)。」(民法637条1項を制限するもの)

「エ 甲〔発注者〕は、契約の目的物の引渡の時にア〔1項〕の瑕疵があることを知ったときは、遅滞なく書面をもってその旨を乙〔請負者〕に通知しなければ、ア〔1項〕の規定にかかわらず当該瑕疵の修補または損害賠償を求めることができない。ただし、乙〔請負者〕がその瑕疵があることを知っていたときはこの限りでない(4項)(民集61巻5号1779~1780頁)。」(民法634条を制限するもの)

「オ ア〔1項〕の瑕疵による契約の目的物の滅失又は毀損については、甲〔発注者〕は、イ〔2項〕に定める期間内で、かつ、その滅失又は毀損の日から6か月以内でなければ、ア〔1項〕の権利を行使することができない(5項)。」(民法638条2項を制限するもの)

「カ ア〔1項〕ないしオ〔5項〕の規定は、第14条4項の各号(図面や仕様書に適合しない施工が丙〔監理者〕の指示によるときなど)によって生じた契約の目的の瑕疵又は滅失若しくは毀損については適用しない。ただし、同条5項(前項のときであっても、施工について乙〔請負者〕の故意又は重大な過失によるとき、あるいは乙〔請負者〕がその適当でないことを知りながら予め丙〔監理者〕に通知しなかったとき)に当たるときはこの限りでない(6項)(民集61巻5号1893~1894頁)。」

請求した²⁶²。特筆すべきは、この損害には、瑕疵の補修費用が含まれている点である。

なお、Xらは、その後、本件売買契約の際などに資金の融資を受けた銀行への返済が困難となり、本件土地および本件建物に設定されていた抵当権を実行され、2002（平成14）年6月17日、本件土地および本件建物は競売により第三者に売却された²⁶³。

大分地裁は、本件建物には瑕疵があることを認定したうえで、Y₂の瑕疵担保責任を否定したが²⁶⁴、Yらの不法行為責任は肯定した。そして、Xらに生

²⁶² 内訳は以下のとおりである。

損害（Xらの主張）		金 上段が第1審での主張 下段が（第2審での主張）
ア 瑕疵の補修費用	（ア） ひび割れ等の補修費用	2億2513万7489円 (2億4372万6972円)
	（イ） 設備関係の補修費用	4078万1597円
	（ウ） 移転費用	0円 (5843万9000円)
イ 営業損害	（ア） 現在までの家賃収入喪失による損害	1億1651万7254円
	（イ） 将来の逸失利益	2億1908万7000円
ウ 調査費用		344万0760円
エ 引越費用		200万0000円
オ 慰謝料		1000万0000円
小計		6億1696万4100円
内金		5億0000万0000円
カ 弁護士費用		2500万0000円
合計		5億2500万0000円

ア、イ、（ア）、（イ）等の記号は、民集の記号を用いた。

²⁶³ Y₁は、「仮に一部でも不法行為による損害賠償が認められるような場合には、本件土地および本件建物が競売で9010万円で売却され、Xらの債務が同額分弁済されたわけであるから、金9010万円分については予備的に損益相殺を主張する（民集61巻5号1807頁）。」と主張した。

しかし、第1審は、「この点はY₁の不法行為によってXらが利益を受けたものではないから、Y₁の損益相殺の主張は失当である（民集61巻5号1871～1872頁）。」と判示した。

²⁶⁴ 第1審は、以下のように判示している。

「A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、本件売買契約の特約によって、Xらに譲渡され、Y₂もこれを承諾し

じた損害額合計は7393万7805円となり、Yらはこれを賠償する責任があるとして、Xらの請求を認容した²⁶⁵。特筆すべきは、この損害には、瑕疵の修補費用が含まれている点である。

Y₂とY₁の不法行為責任について判示したところを本稿に必要な限度で引用しておこう（傍点は筆者（新堂）による。以下同様）。

たものと認められる。」

「よって、Y₂は、Xらに対し、本件建物につき、本件請負契約上の瑕疵担保責任を負うものといえる（民集61巻5号1811頁）。」

しかし、「本件請負契約約款23条には、瑕疵担保責任について前記前提事実(4)〔前掲注261〕記載の各事項が規定されているから、本件建物の建築設備の機器・室内装飾・家具などの瑕疵については、引渡日から1年以内にXらが権利行使をしたことを主張・立証していない本訴において、Y₂の瑕疵担保責任を問うことはできず、それ以外の本件及び地盤〔ママ〕の瑕疵については、2年以内にXらが権利行使をしたことを主張・立証していないので、Y₂に故意又は重過失がある場合にのみ、本訴でY₂の瑕疵担保責任を追及することができるものと認められる。

そして、Y₂に上記重過失が認められるか否かは、瑕疵の重大性、瑕疵を防止すべき注意義務の公然性・明白性、建築請負業者としての基本的注意義務か否か、防止措置の容易性、義務違反の程度等を総合考慮して、各瑕疵毎に判断すべきである（民集61巻5号1812頁）。」

として、Y₂には上記重過失が認められないとした。

²⁶⁵ 内訳は以下のとおりである。

損害（第1審の認定）	金
(2) 本件建物のひび割れ等の瑕疵に関する賠償額について （補修費用相当額またはひび割れ充填費用相当の損害額の合計額に消費税分を付加した金額）	2679万7805円
(3) 本件建物の設備関係の瑕疵に関する補修費用について （補修工事全体の工事価格に消費税を加えた全体の工事費）	3864万0000円
(4) 瑕疵に関する損害額	合計 6543万7805円
(5) 営業損害について	0円
(6) 調査費用について	100万0000円
(7) 引越費用について	0円
(8) 慰謝料について	80万0000円
(9) 損益相殺について（前掲注263参照）	-0円
(10) 弁護士費用について	670万0000円
(11) 損害額合計	7393万7805円

(1)、(2)等の数字は、民集の数字を用いた。

「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²⁶⁶。」

「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は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、両請求権と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。

そして、不法行為は、その損害発生時に成立することによって、損害賠償請求権が発生するものであるから、注文者が当該建築物を第三者に売り

²⁶⁶ 民集61巻5号1813頁。

渡す前に瑕疵を原因として損害が発生した場合は、注文者が、その発生した損害についての不法行為に基づく損害賠償請求権を取得することになるが、当該建築物が第三者に売り渡された（ただし、瑕疵があることを前提として売り渡された場合を除く。その場合は、買主に当該瑕疵を原因とした損害は発生しない。）後に瑕疵を原因として損害が発生した場合は、買主である第三者が、その発生した損害についての不法行為に基づく損害賠償請求権を取得することになり、その場合は、施工業者あるいは設計・工事監理人の不法行為に基づく損害賠償債務と売主の瑕疵担保責任に基づく損害賠償債務とは不真正連帯債務の関係に立つといえる²⁶⁷。」

以上を要約すると、第１に、不法行為責任は、瑕疵が存在し、有過失であり、違法性があり、瑕疵によって損害が発生すれば、その責任を追及できること、第２に、瑕疵によって発生した損害（瑕疵を原因とした損害）の中に、修補費用により評価される瑕疵自体が含まれるかは明らかでないこと、第３に、瑕疵によって発生した損害（瑕疵を原因とした損害）の中に、瑕疵が無いことを前提とした売渡価格と瑕疵があることを前提とした売渡価格の差額により評価される瑕疵自体が含まれると思われること、がわかる。第３の点は、瑕疵自体は経済損失であることを明らかにしているのではなかろうか²⁶⁸。

²⁶⁷ 民集61巻5号1813～1814頁。

²⁶⁸ なお、第１審は、不法行為責任に基づく損害賠償額について、つぎのよう
にいう。

「建物に瑕疵を生じさせたことによって負う不法行為に基づく損害賠償責任は、当該瑕疵によって生じた損害を賠償するものであるから、その損害額は、原則として当該瑕疵の補修費用相当額であるが、その補修費用相当額が当該瑕疵によって生じた建物の価値減損額を上回る場合には、その価値減損額をもって損害額とすることになる。そして、前記〔中略〕認定のとおり、平成６年に不法行為が成立しているので、損害額は平成６年を基準として算定されることになる（民集61巻5号1854頁）。」

瑕疵自体について、修補費用により金銭評価するか、価値減損分により金銭評価するか、は議論すべき問題である。

以上の説示の後に、請負人の瑕疵担保責任と不法行為責任との異同について敷衍する。

「請負人の瑕疵担保責任は契約の目的を達成するための制度であるから、民法634条にいう『瑕疵』とは目的物が契約で定められた性質を完全に具有していないことをいい、目的物が建築物である場合は、設計図と異なる施工をしたり、設計で決められた安全率の強度を備えていなかったり、契約で定められた品質よりも低級の材料を使用するなど、明示の契約内容に違反する場合だけでなく、当該建築物が通常備えるべき品質・性能を具有するとの黙示の契約内容に違反する場合、すなわち、建築基準法等の諸法令の定める基準や当時の一般的な技術水準に達しない施工をした場合や補修を要するひび割れを発生させたような場合も瑕疵に当たるといふべきである。そして、瑕疵担保責任は無過失責任であるから、補修を要するひび割れが発生した場合、請負人が、建築基準法等の諸法令の定める基準や当時の一般的な技術水準に達する施工をし、このようなひび割れを発生させることにつき無過失であって不法行為責任は成立しないような場合であったとしても、このようなひび割れを発生させた場合は、やはり当該建築物が通常備えるべき品質・性能を具有していないといふべきであるから、瑕疵に当たり、請負人には瑕疵担保責任があることになる。これに対し、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ことになる²⁶⁹。」

なお、不法行為の時点では、Xらが本件建物を所有しており、修補費用により金銭評価しても問題はないが、現時点では、Xらは本件建物を競売により手放しており、修補費用により金銭評価しても問題がないとはいえないと思われる。損害の算定期間および算定方法を柔軟にとらえ、競売の時点の価値減損分により金銭評価してもよいと考えられるが、結論は留保し、別途検討したい。前掲注263参照。

²⁶⁹ 民集61巻5号1815～1816頁。

以上を要約すると、第１に、不法行為責任は、設計で決められた安全率の強度に達しない施工をしただけでなく、さらに建物耐久性に支障がない程度の強度に達しない施工をした場合にのみ、その責任を追及できること、第２に、第１の場合にのみ、被害者において補強をすることを余儀なくされるといえるので、不法行為上の損害が発生すること、第３に、第１の場合にのみ、補強工事代につき不法行為に基づく賠償請求ができること、がわかる。第３の点は、瑕疵自体は経済損失であるが、賠償されるべき損害であることを明らかにしている。

事件の解決としては、瑕疵自体の賠償請求を認容したものである。

大分地裁に対し福岡高裁は、XらはAからY₂に対し瑕疵担保責任を追及しうる契約上の地位を譲り受けていないとして、Y₂の瑕疵担保責任を否定し、また、本件建物の瑕疵について不法行為責任の成立が問題となるような強度の違法性がないことを認定したうえで、Yらの不法行為責任も否定した。

Y₂とY₁の不法行為責任について最高裁による原判決の要約を引用しておく。

「ア 建築された建物に瑕疵があるからといって、その請負人や設計・工事監理をした者について当然に不法行為の成立が問題になるわけではなく、その違法性が強度である場合、例えば、請負人が注文者等の権利を積極的に侵害する意図で瑕疵ある目的物を製作した場合や、瑕疵の内容が反社会性あるいは反倫理性を帯びる場合、瑕疵の程度・内容が重大で、目的物の存在自体が社会的に危険な状態である場合等に限って、不法行為責任が成立する余地がある。

イ Yらの不法行為責任が認められるためには、上記のような特別の要件を充足することが必要であるところ、Yらが本件建物の所有者の権利を積極的に侵害する意図で瑕疵を生じさせたというような事情は認められない。また、本件建物には、前記確定事実〔中略〕記載のとおり瑕疵があることが認められるが、これらの瑕疵は、いずれも本件建物の構造耐力上の安全性を脅かすまでのものではなく、それによって本件建物が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とは認められないし、瑕疵の内容が反社会性あるいは反倫理性を帯びているとはいえない。さらに、Xらが主張する本件建物のその余の瑕疵については、本件建物の基礎や構造く体にかかわるものであるとは通常考えられないから、仮に瑕疵が

存在するとしても不法行為責任が成立することはない。したがって、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から、〔中略〕、Xらの不法行為に基づく請求には理由がない²⁷⁰。」

【判決】最高裁は、Y₂の瑕疵担保責任については、原審の判断を是認したが、Yらの不法行為責任については、とくに原審の上記引用部分の判断は是認することができないとして、その理由をつぎのように説示した。

「(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きに、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に安全性を備えていなければならない。このような安全性は、建物としての基本的な安全性というべきである。そうすると、建物の建築に携わる設計者、施工者及び工事監理者（以下、併せて『設計・施工者等』という。）は、建物の建築に当たり、契約関係にない居住者等に対する関係でも、当該建物に建物としての基本的な安全性が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。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。

²⁷⁰ 民集61巻5号1772頁。

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、建物の基礎や構造く体に瑕疵が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もない²⁷¹。」

そして、最高裁は原判決を破棄し、本件建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるか否か、ある場合にはそれによりXらの被った損害があるか否か、等々Yらの不法行為責任の有無について審尽させるため、本件を原审に差し戻した。

【検討】① 本件は、本稿で主に検討してきた移転させられた損失の事例に該当する。すなわち、Yらの契約違反ないし過失不法行為によりAの代わりにXらに経済損失（建物の瑕疵）が生じたものである。

本件は、YらとAとの間に建物建築の設計および工事監理の委託契約ないし請負契約が存在した事案である。したがって、*Amns* [1978] AC 728のように、公法上の関係から私法上の義務を導き出す必要もなく、最判平成15年11月14日民集57巻10号1561頁のように、公法上の規定等の趣旨から私法上の注意義務を導き出す必要もない。そこで、本判決は、本件を純粹に不法行為法の問題として理解し、解決したのである。

② 原判決は、違法性が強度である場合として、瑕疵の内容が反社会性あるいは反倫理性を帯びる場合と、瑕疵の程度ないし内容が重大で、目的物の存在自体が社会的に危険な状態である場合を例に挙げ、そのような場合に限定して、不法行為責任が成立する余地があるとし、本件における瑕疵は以上のような状態にないとして、不法行為責任の成立を否定した。しかし、本判決は原判決を否定し、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、不法行為による賠償責任を負うとした。

²⁷¹ 民集61巻5号1772～1773頁。

原判決は、*Anns* 判決における「建物の所有者または占有者の健康または安全に対して現在の危険または切迫した危険がある場合のみ、」建物に対する損害の賠償を求めることができるとの判示に似ている。他方、本判決は、*Anns* 判決よりも広く不法行為に基づく損害賠償の責任を認めたものと思われる。

さらにいえば、原判決は、上記の場合——瑕疵の内容が反社会性あるいは反倫理性を帯びる場合、瑕疵の程度ないし内容が重大で、目的物の存在自体が社会的に危険な状態である場合——以外にも、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に、不法行為責任が成立する余地があったとした。つまり、原判決は、故意不法行為により生じた純粋経済損失について賠償を認めたものと評することができよう。他方、本判決は、過失不法行為により生じた純粋経済損失について賠償を認めたものと評することができよう。

本判決が過失不法行為により生じた純粋経済損失について賠償を認めたものと評することができるすると、日本法においては、故意不法行為により生じた純粋経済損失についての賠償が認められるだけでなく、過失不法行為により生じた純粋経済損失についても賠償が認められることとなる。そうすると、イギリス法において、故意不法行為により生じた純粋経済損失については問題なく賠償が認められるが、過失不法行為により生じた純粋経済損失については原則として賠償が認められない点とは異なってくる。

③ 最大の問題は、本判決は建物の瑕疵自体の賠償を認めた判決として理解してよいかである²⁷²。

本判決は、「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、[中略]、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。」という（傍点は筆者（新堂）による。以下同様）。

たとえば、瑕疵ある建物により第三者の生命または身体が侵害され、被害が発生すれば、建築士または請負人は、当然、その被害を賠償する責任を負う。

²⁷² 建築物の瑕疵という純粋経済損失について賠償を認めた判決と理解するとすると、製造物の瑕疵という純粋経済損失について賠償を認めない製造物責任法との関係を精査しなければならなくなる。前掲注10参照。

あるいは、瑕疵ある建物により第三者の当該建物以外の財産が侵害され、損害が発生すれば、建築士または請負人は、当然、その損害を賠償する責任を負う。最高裁は、その「財産」や「損害」の中に、「建物の瑕疵自体」あるいは「瑕疵ある建物自体」を含むつもりで判示したのであろうか。ここからだけでは、判断しがたい曖昧な判示である。

注目される判示は、「それにより居住者等の生命、身体又は財産が侵害された場合には」という部分である。財産に建物の瑕疵自体ないし瑕疵ある建物自体が含まれるとすれば、あまり意味のない判示であるが、含まれないとすれば、建物の瑕疵が第三者の生命、身体または財産を危険に曝すだけでは十分ではなく、現実生命、身体または財産を侵害しなければ要件は充足しないことになる。

しかし、判例集のコメントは、つぎのようにいう。

「設計・施工者等の注意義務違反により基本的な安全性を損なう瑕疵が生じた場合には、そのことにより、少なくとも建物の修補費用相当額の損害が生じているとみられるのであって、必ずしも、その瑕疵によって現に誰かが傷害を負ったということが損害賠償請求の要件として求められているものではないと考えられる²⁷³。」

つまり、本判決は、*Murphy* 判決とは異なり、建物の瑕疵自体ないし瑕疵ある建物自体の修補費用相当額の損害の賠償を肯定したことになる。つまり、日本法は、イギリス法とは異なり、過失不法行為による純粋経済損失の賠償を肯定したことになる。

おわりに

以上、著者（Unberath）の考え方および判例を紹介してきたが、細かいところに入りすぎて、全体像を明らかにしてこなかった。また、筆者（新堂）が咀嚼しきれず、説明が不足したまま、直訳しただけの部分も数多くある。そこ

²⁷³ 判時1984号34頁以下、36頁等。

で、最後に、移転させられた損失という問題の全体像をみながら、直訳しただけの部分についての説明もできるだけ試みて、まとめて代えたい。

(1) 運送事例と建築事例

本稿で問題とした紛争は、つぎの2つである。1つは、荷送人から荷受人に運送品の所有権が移転する前後に、運送人の契約違反または不法行為により運送品が滅失または損傷した場合、その運送品の滅失または損傷という損害の賠償を誰が請求するかというものである。もう1つは、請負人の契約違反または不法行為による建築物の瑕疵という損害の発生と前後して、注文者から第三者に建築物の所有権が移転する場合、その賠償を誰が請求するかというものである。

以上のように、本稿においては、とくに運送契約と建築契約を検討したが、この2つの事案には大きな違いがある。すなわち、運送事例において運送品を調達して供給するのは、受約者である荷送人であるが、建築事例において建築物を建築して供給するのは、約束者である建築者である、という点である²⁷⁴。

(2) 受約者と第三者の間の契約

運送事例においても、建築事例においても、受約者と第三者の間には運送品または建築物の所有権を移転する契約が成立しており²⁷⁵、受約者には第三者に対し運送品または建築物の所有権を移転する債務が発生している。したがって、運送品の滅失または損傷も、建築物の瑕疵も、受約者の第三者に対する契約違反ないし債権侵害となり、第三者は受約者に対して契約責任ないし担保責任に基づく損害賠償を求めることができる。

つまり、運送品の滅失または損傷という損害も、建築物の瑕疵という損害も、経済損失である。そして、経済損失こそが契約違反に基づいて賠償が認められ

²⁷⁴ 前掲Ⅱ(6)(ア)(c)⑧(注129～131)参照。

²⁷⁵ ただし、建築契約においては、注文者が第三者に代わって建築契約を締結しており、注文者が所有者であったことは一度もなく、第三者が最初から最後まで所有者であったという事例がある。

る損害の種類なのである。

（3）約束者による不法行為

（2）の契約関係に対し、運送人または請負人の契約違反または不法行為が加わると、どうなるのか。

過失不法行為法からみると、つぎのようにいうことができる。

運送事例については、過失不法行為法による解決は指向されず、契約法による解決が目指された²⁷⁶。しかし、かりに、過失不法行為法による解決が目指されるとすると、どうなるかを考えておく。運送事例においては、加害者は運送人であり、その過失により発生した損害は運送品の滅失または損傷である。つまり、荷送人または荷受人の所有物である運送品に物的損害が生じている。さらに説明すれば、不法行為時に、いまだ荷送人に所有権が留まっていれば、荷送人の所有物である運送品に物的損害が生じており、荷受人は運送品の引渡債権が侵害されているだけである。つまり、荷受人には経済損失が生じているだけであり、しかも、それは、荷送人への物的損害とまったく重なるものである。したがって、運送人の過失により運送品が滅失または損傷したが、それは経済損失であることから、荷受人は運送人に対して過失不法行為に基づいて損害賠償を求めることができない。逆に、不法行為時に、すでに荷受人に所有権が移っていれば、荷受人の所有物である運送品に物的損害が生じている。したがって、運送人の過失により運送品が滅失または損傷したが、それは物的損害であることから、荷受人は運送人に対して過失不法行為に基づいて損害賠償を求めることができる。

建築事例については、過失不法行為法による解決が指向されたが、それがイギリスでは頓挫した——日本では成功した——ため、契約法による解決が目指された²⁷⁷。建築事例においては、加害者は請負人であり、その過失により発生した損害は建築物の瑕疵である。瑕疵という損害は修補ないし再築の費用に従って計算されるので、被害者の身体または財産に対する物的損害ではなく、被害者に対する経済損失である。請負人と注文者の間の建築契約の存在から、

²⁷⁶ 前掲Ⅰ第1部第1節（注14～21）参照。

²⁷⁷ 前掲Ⅰ第1部第1節（注14～21）参照。

注文者にとっては、請負人が供給する建築物の瑕疵は契約責任ないし担保責任により賠償されるべき損失であるため、経済損失であると主張されても容易に理解できるが、第三者にとっても、建築物の瑕疵は経済損失である。したがって、請負人の過失による建築物の瑕疵については、それが経済損失であることから、第三者は請負人に対して過失不法行為に基づいて損害賠償を求めることができない。

(4) 約束者による契約違反

(2) の契約関係に対し、運送人または請負人の契約違反または不法行為が加わると、どうなるのか。

契約法からみると、つぎのようにいうことができる。

(ア) 著者 (Unberath) のいう「契約の価値」と「結果的損失」の区別によると²⁷⁸、つぎのように経済損失を分類することができる。

運送契約においては、荷送人の所有物である運送品を荷受人に運送するべく運賃という対価が支払われる。そして、契約の履行により実現したい契約の価値とは、物品を運送することであり、物品を滅失または損傷させることなく運送することではない。したがって、物品が滅失すると、物品を運送することができなかったという意味での契約の価値は実現しておらず、運賃は支払われないが、物品が損傷すると、物品を運送することができたという意味で契約の価値は実現しており、運賃は支払われる。そして、物品の滅失または損傷それ自体は契約の価値の不実現の周辺にある結果的損失ということになる。

建築契約においては、請負人が建築物を供給するべく材料費プラス建築費という対価が支払われる。そして、契約の履行により実現したい契約の価値とは、瑕疵のない建築物を建造して供給することであり、瑕疵のある建築物を建造して供給することではない。したがって、建物に瑕疵があると、瑕疵のない建物を建造して供給することができなかったという意味で契約の価値は実現しておらず、対価が支払われることはない。つまり、建物の瑕疵それ自体は契約の価値の不実現そのものなのである。

(イ) 船荷証券法1855年の前は、荷送人から荷受人へと運送品の所有権は移転

²⁷⁸ 前掲 I 第 1 部第 3 節 (2) (ア) (注46~48) 参照。

したが、契約上の請求権は移転していなかった場合、荷受人は自らが被った損害のために運送人に対して不法行為に訴えることもできたが、そのように判例は発展せず、荷送人は荷受人の被った損害のために運送人に対して契約違反に訴えることができるという方向で判例は進展した。船荷証券法1855年の後は、荷送人から荷受人に運送品の所有権が移転するとともに、契約上の請求権も移転することが担保されたのである²⁷⁹。

建築事例においては、第三者は、建築物の瑕疵自体は経済損失であるとの理由から、そもそも不法行為に訴えることが禁じられた。そして、契約（第三者の権利）法1999年の前は、そもそも第三者のためにする契約が認められていなかった。さらに、たとえ第三者のためにする契約が認められていたとしても、当事者が第三者をして権利を行使することを望んでいなければ、さらに、当事者が第三者をして契約違反に基づく損害賠償を請求することを望んでいなければ、第三者は、そもそも契約違反に訴えることが禁じられる。そこで、受約者が約束者に対し、契約違反に基づいて、第三者の被った損失について賠償を請求するという構成が試行されるようになった。そこで、運送事例の判例法理が見直され、利用されることとなった²⁸⁰。

(ウ) とくに建築事例を念頭にした論争であるが、受約者である注文者が第三者の被った損失について賠償を請求すると構成する「狭いグラウンド」と受約者である注文者が彼自身の被った損失について賠償請求すると構成する「広いグラウンド」が対立するものとして主張されるようになった。しかし、これは、以上の大きな流れの中での小さな対立であると結論づけたい。契約関係法理の例外であるとか、賠償法理の例外であるとか、形式論的には興味深い対立ではあるが、実質的に結論は変わらないのではないと思われる。強いていえば、狭いグラウンドのほうが、損失を第三者の損失と性質づけることにより、受約者から第三者への後の賠償金の移転を説明しやすくなったとする、著者（Unberath）の主張に賛成しておきたい²⁸¹。

(エ) 「狭いグラウンド」と「広いグラウンド」の対立から汲み取っておかなければならない論点は、むしろつぎのことである。すなわち、移転させられた

²⁷⁹ 前掲Ⅱ（1）参照。

²⁸⁰ 前掲Ⅱ（6）参照。

²⁸¹ 前掲Ⅰ第1部第3節（5）（注51）参照。

損失の問題を実体法のレベルで解決するか、訴訟法のレベルで解決するかという視点である²⁸²。日本法に引き直すと、こうである。一方で、受約者が約束者に対して賠償を求める損害の範囲には、第三者が被った損失が含まれるのかという観点で問題をとらえることができる。他方で、受約者が第三者の訴訟担当者として第三者の被った損失の賠償を求められるのかという観点で問題をとらえることができる。この点に関する結論は留保して、今後の課題としたい。

(5) 免責ないし責任制限条項の対第三者効

運送契約における免責ないし責任制限条項は、運送人の荷受人に対する不法行為に基づく損害賠償の責任に対しても影響を与える。これは、国際条約の批准により、イギリス法においても、日本法においても、そのように規定されていることからくる²⁸³。

かりに建築契約においても免責ないし責任を制限する条項を入れるような実務が定着するとすれば、どうなるか。イギリス法においては、受約者が契約違反に基づき第三者の損失について賠償請求するという構成を採用することから、上記のような特約は当該訴訟にも影響を与えることになる。日本法においては、第三者が不法行為に基づき自らが被った損失について賠償請求するという構成が許容されたことから、上記のような特約が存在した場合の影響を改めて考える必要がでてきたといえよう。問題の指摘にとどめ、今後の課題としたい。

(6) 一応の結論

(ア) 純粹経済損失が問題となる類型には、間接損失 (ricochet loss) と移転させられた損失 (transferred loss) があるが、本稿では、後者を検討した。

(イ) イギリスの判例は、過失不法行為に基づいて移転させられた損失を回復する方途を閉ざしたが、日本の判例は、それを認めたと解される。その波及する効果は、はかりしれない。第1に、製造物責任法は、製造物の瑕疵自体につ

²⁸² 前掲Ⅱ (6) (イ)(g)参照。

²⁸³ 前掲Ⅳ (1) (イ)(b) (注212) およびウ(b) (注223) 参照。

いての賠償を認めていないが、建築物に関する上記の判例との比較をしなければならない。第2に、間接損失に関する判例および裁判例も、移転させられた損失とは事案類型が異なるとして済ませてよいことにはならず、比較する必要がでてくる。そして、この2つの観点から、イギリス法と日本法を比較しなければならないが、今後の課題としたい。

(ウ) 移転させられた損失の事例に対する本稿の結論は、一応、つぎのようにしておきたい。すなわち、過失不法行為責任構成をとるのではなく、契約責任構成をとることとする。これを詳述すれば、過失不法行為責任に基づき、約束者は第三者に生じた損失を第三者に対して賠償しなければならないと構成するのではなく、契約責任に基づき、約束者は第三者に生じた損失を受約者に対して賠償しなければならないと構成することとする。

(エ) ところで、Bussani, Parmler, Parisi 教授らの論文は、「移転させられた損失」事例を、CがBの財産または身体に物理的な損害を与えたが、AとBの間の契約（または法自体）が、通常はBのもの（損失）となるであろう損失をAの上に移転させる場合と定義する。つまり、通常は1番目の被害者の上に落ちる損失が2番目の被害者の上に渡されるとするわけである。そして、AとBの間の契約の例として運送事例を挙げるとともに、法の作用により移転が生じる例として以下の事例を挙げる。すなわち、Aの被用者のBがCの過失ある運転により傷害を負ったために、3か月間働けなくなったが、制定法はAをしてBに給料を払い続けるよう義務づけていた。かくて、Cの過失と制定法の効果が結合した結果、通常はBの損失となったであろうもの（損失）が制定法によりAに対し移転させられたことになる²⁸⁴。

同論文の挙げる後者の事例において注目すべきは、CとBの間に契約がなく、CがBに対して契約違反ではなく過失不法行為を犯している点である²⁸⁵。本稿において移転させられた損失の事例として検討したものは、CとBの間に契約があり、CがBに対して契約違反を犯しているともいえたが、過失不法行為を犯しているともいえた場合だけである。そうであるからこそ、先に述べたよ

²⁸⁴ Mauro Bussani, Vernon Valentine Palmer & Francesco Parisi, Liability for Pure Financial Loss in Europe: An Economic Restatement (2003) 51 American Journal of Comparative Law 113, 118-119.

²⁸⁵ 運送事例においても、運送人の船舶に衝突した別の船舶のほうが一方的に悪くて、運送品が滅失または損傷した事例を想定することができる。

うに、第三者を過失不法行為法により救済する構成を否定したうえで、第三者のために受約者をして契約法により救済を請求させる構成を追求することが容易であったわけである²⁸⁶。

最判平成19年7月6日民集61巻5号1769頁の事件も、CとBの間に契約が存在する事案であるため、過失不法行為法により救済するべきではなく、契約法により救済するべきである、と一応は結論づけることができる。しかし、CとBの間に契約が存在しないような事例が日本で起きたとすれば、それを純粹経済損失であるから過失不法行為法により救済すべきでない²⁸⁷と断言できるかは、慎重に検討する必要がある。日本法は、イギリス法が物理的損害（人的被害および物的損害）と経済的（金銭的）損失に分類するようには、損害を分類しないからである。

本稿は、2007（平成19）年度科学研究費補助金交付（基盤研究（B）（研究代表者は北海道大学大学院法学研究科の瀬川信久教授）および若手研究（B））の成果である。

²⁸⁶ 筆者（新堂）は、移転させられた損失の事例として運送契約を挙げておきながら、約束者（運送人）と受約者（荷送人）の間に契約はなく、（第三者のための保護効を伴う）契約責任は問題とならないと説明してしまったことがあるが、もちろん誤りであり、この場を借りて訂正しておきたい。本稿で検討したように、約束者（運送人）と受約者（荷送人）の間には当然のことながら契約が存在し、（第三者のための保護効を伴う契約に基づくものではないが）契約責任で対処すべき問題である。新堂明子「契約の対第三者効」『民法の争点』（2007）233頁。