



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	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
Author(s)	新堂，明子
Citation	北大法学論集，61(6)，386[41]-365[62]
Issue Date	2011-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45126
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-6_013.pdf



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 ——

新 堂 明 子

(目次)

はじめに

I 経済的利益、経済的損失

1 定義

2 過失不法行為責任否定準則

3 類型的考察

(i) 過失不実表示類型

(ii) 役務不履行類型(瑕疵物損失類型)

(iii) 間接被害者類型

II 契約と過失不法行為責任の衝突

1 イギリス法

(1) 過失不実表示類型(責任肯定)

(2) 瑕疵物損失類型(原則として責任否定)

(3) 瑕疵物損失類型(例外的に責任肯定)

(4) 役務不履行類型(責任肯定)

2 日本法

(1) 契約連鎖関係事例

(2) 契約当事者関係事例

おわりに

はじめに

本稿¹は、物理的侵害なく発生する経済的損失が問題となる事例を類型化し、とくに建物の瑕疵により経済的損失（補修費用額）のみが発生する類型につき、過失不法行為責任の成否、および、その理由を考察する。本稿は、不法行為法は契約に介入すべきでないとの立場から、契約によるアレンジメントとは関係なく過失不法行為責任を追及することはできないと結論づける。

なお、この問題に関し議論の蓄積があるイギリス法との比較を通じ、日本法を位置づける。

I 経済的利益、経済的損失

1 定義

物理的侵害（物理的損害）とは、加害者による、被害者の生命または身体の侵害による損害（人的損害）と被害者の所有物ないし所有権の侵害による損害（物的損害）をあわせたものをいう。

経済的損失とは、このような物理的侵害（物理的損害）なく発生した損害のことをいう²。

イギリス過失不法行為（ネグリジェンス）法は、物理的損害なく発生した経済的損失に関し、その発生を回避する注意義務を否定し、過失不

¹ 本稿は、拙稿「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17頁以下（2010）をベースに、日本私法学会第74回大会シンポジウム「新しい法益と不法行為法の課題」（2010年10月11日、北海道大学クラーク会館）において報告したものである。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、予定）参照。

² 物理的侵害（たとえば身体侵害）により経済的損失（たとえば逸失利益）が発生する場合、これを結果経済損失（consequential economic loss）という。物理的侵害なく経済的損失が発生する場合、これを純粋経済損失（pure economic loss）という。WH v Boom, 'Pure Economic Loss: A Comparative Perspective' in WH v Boom, H Kozioł and CA Witting (eds), *Pure Economic Loss* (2004) paras 5-7.

法行為責任を否定する。日本民法709条にそくしていえば、過失の要件の中で判断していることになる。

ドイツ民法823条1項は、法律上保護される権利——生命、身体、健康、自由、所有権、その他の権利——を列挙し、その権利の侵害なく発生した損害につき、不法行為責任を否定する。日本民法709条にそくしていえば、権利利益侵害の要件の中で判断していることになる。

2 過失不法行為責任否定準則

日本民法709条が、過失を要件としたのも、権利侵害を要件としたのも、行動の自由を保障するためであるといわれている³。

イギリス法においては、経済的損失に関し、過失不法行為責任を否定するのが一般準則である。その理由については、次のように説かれている。

①生命、身体、所有物ないし所有権のほうが経済的利益よりもずっと重要であるという理由である⁴。生命、身体のほうが経済的利益よりも重要といえるかもしれないが、所有物ないし所有権のほうが経済的利益よりも重要といえるか。あらゆる経済的利益について不法行為法の保護を否定してよいのか。ここでは、被害者の権利または利益をどのようにランクづけるかがまさに問題となる。

②いわゆる水門論争がある。すなわち、物理的損害と経済的損失を区別することなく（水門を開けて）請求を許すと、裁判所は訴訟の洪水に曝されよう、加害者も不確定な数の被害者に対する不確定な額の責任に曝されよう。したがって、（水門を閉じて）請求を許さない、というものである⁵。水門論争は政策的考慮といわれるが、裁判所の負担と加害者の責任をそれぞれ問題としている⁶。加害者の責任に対する考慮は加害者

³ 瀬川信久「民法七〇九条（不法行為の一般的成立要件）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年 Ⅲ個別的考察(2)債権編』560-564頁（1998）。

⁴ B Feldthusen, *Economic Negligence* (4th edn, 2000) 12-14.

⁵ Boom (above n 2) paras 85-87.

⁶ カラブレジ教授のテーゼによると、「不法行為責任のルールは、予防費用、事故費用、そして運用費用の合計を最小化するように構成されなければならない」。ロバート・D・クーター＝トーマス・S・ユーレン（太田勝造訳）『新版

の行動の自由に対する考慮に接近する。

③不法行為法は契約に介入すべきでないという議論がある。すなわち、不法行為法が競争市場原理に介入したり、リスク市場原理を歪めたりするのは望ましくない、というものである。自身が被る損失に保険を掛けるほうが、他人のそれに保険を掛けるよりも、より簡単かつ効率的であり、また、フィナンシャルでコマーシャルな権利（経済的利益）の保護は契約法に固有の問題である⁷。

3 類型的考察

以上の問題を考える際には、経済的利益の侵害により経済的損失が発生する事例を分類し、その類型ごとに考察するのが便宜であると主張されており、次のような類型が説かれている⁸。

法と経済学』353頁（1997）。本文の裁判所の負担に対する考慮は、同テーゼにいう運用費用に関するものであり、本文の加害者の責任に対する考慮は、同テーゼにいう予防費用と事故費用に関するものである。とくに間接被害者類型につき、運用費用に関する法の経済分析を行うものと、予防費用と事故費用に関する法の経済分析を行うものの、2つの方向があることは、以前にも指摘したことがある。拙稿「純粹経済損失の歴史分析と経済分析・紹介」北法57巻4号1840頁以下（2006）。間接被害者類型については、後掲注（29）参照。

⁷ A Burrows (ed), *English Private Law* (2nd edn, 2006) para 17.153.

⁸ イギリス不法行為（torts）法の下に論じられる類型は次のとおりである。A Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3rd edn, 2004) 253-268.

（Ⅰ）不実表示（misrepresentation）。これには、（Ⅰ－Ⅰ）詐欺＝故意（fraudulent）、（Ⅰ－Ⅱ）善意有過失（negligent）、（Ⅰ－Ⅲ）善意無過失（innocent）によるものがある。

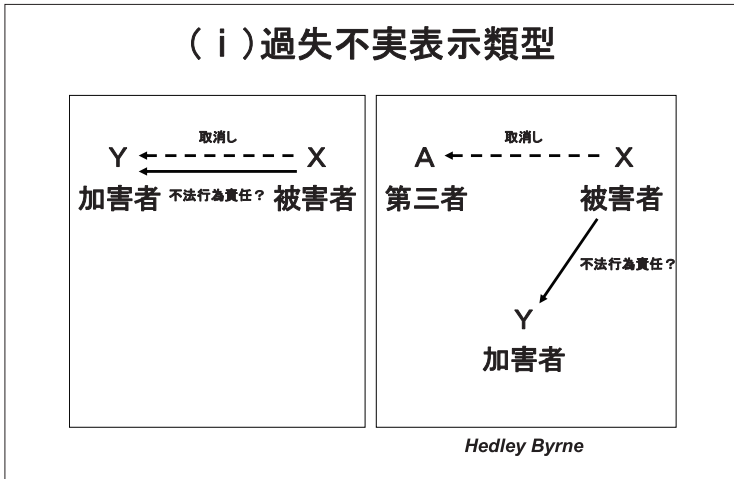
（Ⅱ）不法な知的財産権の侵害（wrongful infringement of intellectual property rights）。

（Ⅲ）取引または契約の妨害（interference with business or contract）。これには、（Ⅲ－Ⅰ）不法な（wrongful）、（Ⅲ－Ⅱ）過失による（negligent）ものがある。

（Ⅳ）過失により役務を履行しないというものがある。

これらのうち、本文には、イギリス過失不法行為（a tort of negligence）法の下に論じられる類型だけを挙げており、それらの対応関係は次のとおりである。

(i) 過失不実表示類型



表示者Yの被表示者Xに対する不実表示により、たとえば、XがYから割高で物を買う⁹、あるいは、Xが第三者Aから割高で物を買う¹⁰、という事例がある¹¹。

上記（Ⅰ－Ⅱ）善意有過失による不実表示は、本文（i）**過失不実表示類型**に、上記（Ⅲ－Ⅱ）過失による取引または契約の妨害は、本文（iii）**間接被害者類型**に、上記（Ⅳ）過失により役務を履行しないというものは、本文（ii）**役務不履行類型**に、それぞれ対応している。

本文に挙げていない類型について、日本法を概観しておく。

上記（Ⅱ）不法な知的財産権の侵害については、知的財産法または不正競争防止法により規律されている。

上記（Ⅲ－Ⅰ）不法な取引または契約の妨害については、独占禁止法、景品表示法または不正競争防止法により規律されており、また、債権侵害論の中で論じられている。吉田邦彦『債権侵害論再考』（1991）。

これらについては、立法を重視し、司法は立法の欠缺があるときだけ救済を与えればよいと考えている。田村善之「知的財産法からみた民法709条——プロセス志向の解釈論の探求」N B L 936号54頁以下（2010）参照。

⁹ XがYに割安で物売る場合もある。

¹⁰ Xが第三者Aに割安で物売る場合もある。

¹¹ さらに、Xが市場から割高で証券を購入する、という事例がある。

この類型では¹²、不実表示による意思表示を取り消し、不実表示による意思表示がなかったならばあったであろう状態を回復するか、または／および、不実表示を不法行為と見て——この可否を検討する必要はあるか¹³——、不実表示という不法行為がなかったならばあったであろう状態を回復することができる¹⁴。

¹² この類型では、(1)不実の表示が真実であることが契約の内容とまでなっておらず、不実表示という契約違反により、不実の表示が真実であったならばあったであろう状態を回復することができない。ただし、(2)表明（の真実性の）保証の場合は、不実の表明が真実であることが契約の内容となっており、不実表示という契約違反により、不実の表明が真実であったならばあったであろう状態を回復することができる。イギリス法については、高橋美加「表明保証条項違反に関する雑感——東京地判平成18年1月17日判時1920号136頁に対するもう一つの評釈」立教76号122頁以下（2009）。フランス法については、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリ1094号128頁以下、137頁（注24）（1996）（奥田編・後掲注（14）所収、110頁以下、119頁（注24））。

後掲注（23）参照。

¹³ 本来、情報は自分で収集すべきであり、不実表示に欺される方が悪い、という社会においては、不実表示を不法行為と見ることは難しい。山本敬三「民法における『合意の瑕疵』論の展開とその検討」棚瀬孝雄編『契約法理と契約慣行』149頁以下、181-182頁（1999）、能見善久「総論——本シンポジウムの目的と視点」NBL936号8頁以下、11頁（2010）。

¹⁴ 日本の学説がいう評価矛盾と逆の評価矛盾がイギリス法においては発生する。日本法においては、（Ⅰ－Ⅰ）詐欺＝故意による不実表示についてしか、契約の取消しが認められない（96条）。しかし、（Ⅰ－Ⅰ）詐欺＝故意による不実表示だけでなく、（Ⅰ－Ⅱ）善意有過失による不実表示についても、不法行為に基づく損害賠償が認められる（709条）。よって、（Ⅰ－Ⅱ）善意有過失による不実表示については、契約の取消しが認められず、すなわち、契約は有効と評価されたにもかかわらず、契約を無効と評価するに等しい、不法行為に基づく損害賠償が認められる、という評価矛盾の問題が発生する。奥田昌道編『取引関係における違法行為とその法的処理——制度間競合論の視点から』所収各論説（1996）。

イギリス法においては、（Ⅰ－Ⅰ）詐欺＝故意および（Ⅰ－Ⅱ）善意有過失による不実表示だけでなく、（Ⅰ－Ⅲ）善意無過失による不実表示についても、契約の取消しが認められる。しかし、（Ⅰ－Ⅰ）詐欺＝故意および（Ⅰ－Ⅱ）善意有過失による不実表示についてしか、不法行為に基づく損害賠償が認めら

過失不実表示類型で過失不法行為責任を肯定する場合、次の点が問題となる。

①被害者の利益については、法律行為法にそくせば、被害者による意思表示が加害者による不実表示からフリーなことであり、そうでないとき、不実表示による意思表示を取り消し、不実表示による意思表示がなかったならばあったであろう状態を回復できることである。不法行為法にそくせば、不実表示という不法行為がなかったならばあったであろう状態を回復できることである。つまり、効果——被害者はどのような状態を回復できるか——については、法律行為法も不法行為法も同じ方向を向いている。そこで、要件——被害者はどのような権利または利益を侵害されたか——については、ひとまず、法律行為法においての被害者による意思表示が加害者による不実表示からフリーなことを不法行為法にスライドし、このような生命、身体、物権、債権でもない利益が保護法益かどうかについて、ここでは、ひとまず肯定しておく。このような利益を「自己決定権」とする学説があり¹⁵¹⁶、また、このような利益を保護することにより取引ないし競争の効率性および公正性が保護されるともいえる¹⁷。

れない。よって、(I-Ⅲ) 善意無過失による不実表示については、契約の取消しが認められ、契約は無効となるが、それは効果として強力すぎる、などと議論される。J Beatson, A Burrows and J Cartwright (eds), *Anson's Law of Contract* (29th edn, 2010) 317-318.

¹⁵ 潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題(2・完)」ジュリ1080号86頁以下、94頁(1995)(奥田編・前掲注(14)所収、18頁以下、26頁)、錦織成史「取引の不法行為における自己決定権侵害」ジュリ1086号86頁(1996)(奥田編・前掲注(14)所収、64頁)、山本・前掲注(13)182-183頁。

¹⁶ 錦織・前掲注(15)ジュリ1086号86頁は、「自己決定権という人格的利益の侵害を不法と考えて財産的利益の保護の枠組を考えるという「ずれ」を指摘する。

¹⁷ 金融商品取引法上のディスクロージャー制度(黒沼悦郎『金融商品取引法入門』38-41、44-45頁(第3版、2009))参照。

独占禁止法2条9項6号ハ(不当な顧客誘引・取引の強制)一般指定8項(ぎまんの顧客誘引)および不当景品類及び不当表示防止法4条(不当な表示の禁止)(川濱昇ほか『ベーシック経済法 独占禁止法入門』246-248頁(第3版、2010))

なお、法律行為法と不法行為法の制度間競合問題——どのように制度設計するか¹⁸——については、制度間競合説に立つことになる¹⁹。

②水門論争にどう答えるかが問題となる。なぜならば、有体物とは異なり、無体の情報は無限に拡散し、それによる被害者が多数に上る可能性があるからである^{20 21 22 23 24}。

参照。不正競争防止法2条1項13号(品質等誤認行為)(田村善之『不正競争法概説』399頁以下、415頁以下(第2版、2003))参照。

効率性(厚生)と公正性(競争プロセス、原理、正義)については、川濱昇「市場をめぐる法と政策－競争法の視点から－」新世代法政策学研究1号65頁以下、83-84頁(2009)。

¹⁸ 道垣内弘人「請求権競合論から制度間競合論へ」ジュリ1096号103頁以下、109頁(1996)(奥田編・前掲注(14)所収、161頁以下、167頁)は、次のように述べている。「既存の要件論・効果論をどこまで固定的なものと考えるのか…何をどこまで固定的なものと解するか」の判断は「歴史や立法過程に縛られる場合もあろうし、確固とした判例法理に抵抗できない場合もあろう。ただ、これまで民法学上なされてきた研究には、固定的だと考えられていた制度を、その制度の根本的な再検討によって流動化させたものも多い…つまり、ある制度の根本的な再検討によって、様々な法規範・法制度の再検討がもたらされることになるのである。」

現在の制度(要件論・効果論)および複数の制度間の関係は、各国の歴史により既定されることが多いと考える。

¹⁹ 制度間競合説に立った上で、各制度の要件と効果を調整する必要がある。よって、作用的制度間競合説に立つことになる。

²⁰ たとえば西武鉄道事件判決のように(ただし故意事例である)。

²¹ Yの不実表示により、Xが第三者Aと契約を結ぶ事例においては、第三者Aの取引の安全という別の考慮が必要なため、Xは契約を取り消すことができない。*Anson's Law of Contract* (above n 14) 316.

²² 不実表示を含む、作為の不法行為の場合は、加害者が被害者の意思表示に瑕疵を生じさせたことになり、不法行為が成立することに問題はない。しかし、不作為の不法行為の場合は、被害者の意思表示に瑕疵が生じそうなのを加害者は知っていて黙っていたとしても、不法行為は成立しない。不法行為を成立させたいければ、説明義務を指定できる類型である必要があり、被害者の意思表示に瑕疵が生じそうなのを加害者が知っていれば教えてあげなければならない——あるいは、知っていなければならないし、教えてあげなければならない——といえる類型である必要がある。*Anson's Law of Contract* (above n 14) 332-

333. 錦織・前掲注(15)ジュリ1086号90-91頁、山本・前掲注(13)166-171頁。

²³ そもそもどういう場合に説明義務が認められるかについて考えなければならないが、それが一定の場合に肯定されるとして、説明義務の対象としては、(1)説明義務が契約の成立に向けられているものと、(2)説明義務が契約の履行に向けられているものがある。横山・前掲注(12)ジュリ1094号130-131頁、潮見佳男『債権総論Ⅰ』582-582頁(第2版、2003)。

(1)の説明義務違反があれば、(i) **過失不実表示類型**と同様に、説明義務違反による意思表示を取り消し、説明義務違反による意思表示がなかったならばあったであろう状態を回復するか、または／および、説明義務違反という不法行為がなかったならばあったであろう状態を回復できることになる。

(2)の説明義務違反があれば、(ii) **役務不履行類型(瑕疵物損失類型)**と同様に、説明義務違反という契約違反(または不法行為)がなかったならば、すなわち、説明義務が履行されたならば、あったであろう状態を回復できることになる。横山・前掲注(12)ジュリ1094号137頁(注23)。

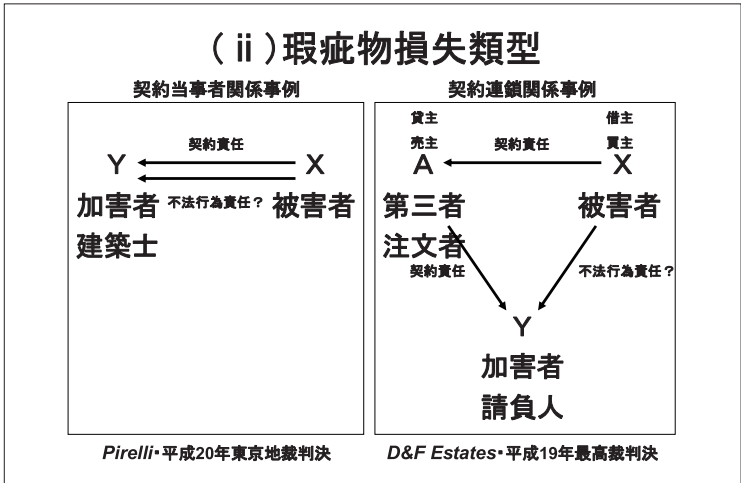
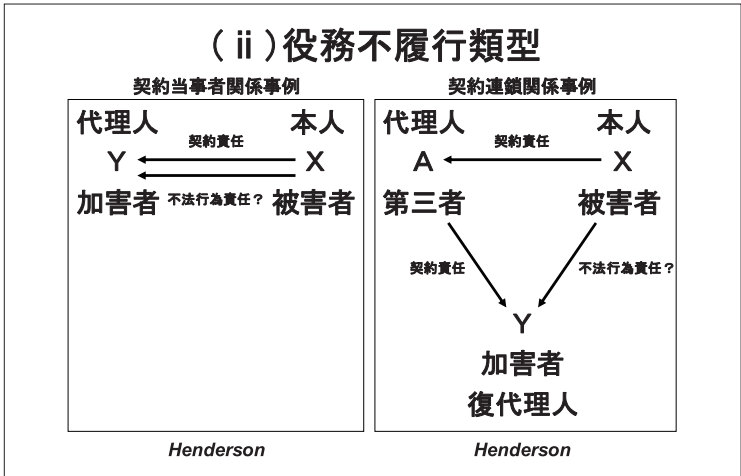
(2)の説明義務違反により、説明義務が履行されたならば、あったであろう状態を回復できることを認めた例として、最判平成17年9月16日判時1912号8頁がある。すなわち、マンションの売主および宅建業者は、マンションの買主に対し、そこに設置された防火戸の電源スイッチの位置、操作方法等についての説明義務を負い、その義務違反より、防火戸が閉じていたとしたら焼けずにすんだであろう、防火戸の区画外への延焼等を防止することができなかった場合、売主は契約違反に基づき、宅建業者は不法行為に基づき、買主に対し、延焼の原状回復にかかる費用の賠償義務を負う。小粥太郎「判批」民商134巻2号144頁以下、145-147頁(2006)。

前掲注(12)参照。

²⁴ 瑕疵による損害は経済的損失(契約利益)であり、すなわち、契約の目的物(建物)の価値(利益)の侵害であるといいやすい。他方、建物の瑕疵が建物の瑕疵以外の部分を侵害したととらえ、物理的損害が発生したと説明することはできるが、私見はそうは考えない。後者の考え方がいわゆる複雑構造理論(complex structure theory)とされるものであるが、貴族院はこれを否定している(*Murphy v Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398, 476-479)。

他方、防火戸の説明義務違反による延焼という損害は経済的損失(契約利益)であり、すなわち、契約の目的物(マンション)の価値(利益)の侵害であるとはいいいにくい。他方、防火戸が閉じなかった事が防火戸の区画外を侵害し、物理的損害が発生したというほうがとおりがよいが、ここでも、私見はそうは考えない。しかし、それには説明が必要であろう。すなわち、契約責任の場合には、契約の目的物の価値により損害の性質または範囲を決定することが適切である。しかし、なぜ契約責任の場合の説明を過失不法行為責任の場合にスラ

(ii) 役務不履行類型（瑕疵物損失類型）



イドさせなければならないか、すなわち、契約の目的物の価値により損害の性質または範囲を決定することが適切かどうかは説明が必要であろう。私見はこれを説明していないので、説得力を欠く。今後の課題としたい。

なお、以上の問題は、拡大損害の定義の問題といいかえることもできよう。

役務の提供者Yが受領者Xに対し役務を提供しないまたは適切に提供しない——これによりXがYから割高で役務を買うことになる——という事例がある（これを「役務不履行類型」という）。

たとえば、建築士YとXの間で建物設計・工事監理契約が締結された事例で、Xに対し瑕疵ある建物が引き渡されたところ、Xに人的損害または当該建物以外の物的損害が生じる前に建物に瑕疵が発見され、Xに建物の瑕疵の補修費用額という経済的損失だけが発生する場合がある（これを「契約当事者関係事例」という）。あるいは、請負人Yと注文者Aの間で建物建築請負契約が締結され、さらに、AとXの間で建物売買契約が締結された事例で、上記同様、Xに建物の瑕疵の補修費用額という経済的損失だけが発生する場合がある（これを「契約連鎖関係事例」という）。

建物の瑕疵の補修費用額という経済的損失が生じる点と、契約責任だけでなく不法行為責任が問われる点で、両事例は同様の問題を孕む。契約当事者関係事例では、XがYに契約責任を追及するか、または、短期消滅時効の規定または瑕疵担保責任期間を短縮する特約により契約責任を追及できないこともあることから、XがYに不法行為責任を追及するか、ということが問題となる。契約連鎖関係事例では、XがAに、さらに、AがYに契約責任を順次追及するか、または、XがYに不法行為責任を直接追及するか、ということが問題となる。

この類型には、瑕疵ある建物（欠陥住宅）事例のほか、瑕疵ある製品（欠陥製品）事例も入る（これを「瑕疵物損失類型」という）。

役務不履行類型（瑕疵物損失類型を含む）で過失不法行為責任を肯定する場合、次の点が問題となる。

①被害者＝債権者の利益については、それは債権なので、保護法益であると（一応）いうことができる。

契約法にそくせば、契約違反がなかったならば、すなわち、契約が履行されたならば、あったであろう状態（経済的損失という補修費用額）を回復することができる。ここでもかりに不法行為法の介入を許し、不法行為に基づく損害賠償を認めるとすれば、契約違反という不法行為がなかったならば、すなわち、契約が履行されたならば、あったであろう状態（経済的損失という補修費用額）を回復することができる。これはど

のようなことをしたかという点、契約違反の事実と不法行為のラベルを貼った上で、本来効果については契約違反と逆の方向を向く不法行為（のラベルが貼られた契約違反の事実）に対し契約違反の効果を肯定したことになる。

なお、契約法と不法行為法の請求権競合問題——どのように制度設計するか——については、次のように考えている。

まず、物理的損害なく経済的損失が発生する事例だけについていえば、原則、請求権非競合説に立つことにする。つまり、契約違反に不法行為のラベルを貼ることはしない。ただし、本稿は、請求権競合説に立つ後掲判決²⁵がそのように制度設計したのはなぜかについても考察する。つまり、契約違反に不法行為のラベルを貼らなければならない場合はどのような場合かも検討する²⁶。たとえば、物の売買契約——この契約の成立により発生する債務を嚴格債務ということがある²⁷。——の違反などは契約違反であるとともに不法行為であることとらえることに抵抗感があるかもしれない。あるいは、役務提供契約——この契約の成立により発

²⁵ *Pirelli* 貴族院判決、*Henderson* 貴族院判決、平成20年東京地裁判決。

²⁶ 小粥太郎「債権法改正論議と請求権競合問題」法時82巻11号101頁以下、103-104頁（2010）は、次のように述べている。債権法改正論議を導いていると思われる考え方、すなわち、契約においては両当事者の合意を尊重すべしとする考え方に基づく場合には、契約責任と不法行為責任との単純な競合を是認することはできまい。つまり、契約責任と不法行為責任とが競合するかのような場面であっても、契約による規制が可能な領域については、契約を尊重する、ということが基本とならざるをえない。そして、指針となるべき考え方は、私的自治に基づく契約法の優先とでもいうべきものであり、契約法規範が規制している領域では、契約法が妥当する。しかし、契約法規範が規制していない領域や、そもそも規制すべきでない領域では、不法行為法が妥当する。つまり、伸縮自在の契約法の守備範囲の外側に、こぼれた問題を拾う不法行為法の守備範囲が広がる、というイメージになる。

本稿は、建物の瑕疵により経済的損失（補修費用額）のみが生じる例において、小粥教授のいう「こぼれた問題を拾う不法行為法の守備範囲」を探るものである。

²⁷ A Burrows, 'Solving the Problem of Concurrent Liability' (1995) CLP 103, 123.

生する債務を合理的な注意を尽くし履行する債務ということがある²⁸——の違反などは契約違反であるとともに不法行為であるにとらえることに抵抗感がないかもしれない。ここでは、厳格債務と合理的な注意を尽くし履行する債務という基準を（一応）提示しておくが、これは契約法制度と不法行為法制度をどのように設計するかという問題である。このように、請求権競合説が成立しうる場合を制限的にしか認めない考え方を制限的請求権競合説とでも呼ぶことにする。

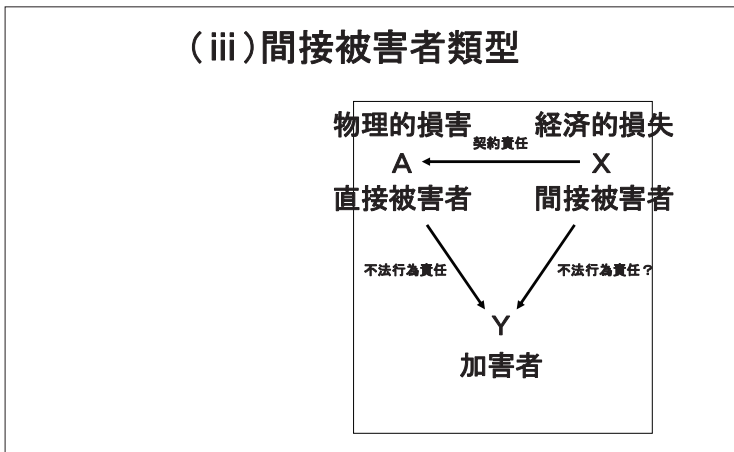
つぎに、契約ないし契約法は不法行為法に作用する、すなわち、作用的請求権競合説に立つことにする²⁹。

まとめると、制限的請求権競合説と作用的請求権競合説の組合せにより、できるかぎり不法行為法は契約に介入すべきでないという議論を維持することにしたい（下記③参照）。

②水門論争は問題とならない。というのは、物1個につき、瑕疵という損失も1つだけしか発生しないからである。

③不法行為法は契約に介入すべきでないという議論にどう答えるかが問題となる。これが本稿の取り組む問題である。

（iii）間接被害者類型



加害者Yが、直接被害者Aに物理的損害を生じさせた結果、Aと契約関係にある、間接被害者Xに経済的損失を生じさせた事例である。つまり債権侵害という不法行為である。

間接被害者類型で過失不法行為責任を肯定する場合、次の点が問題となる。

①被害者の利益については、それは債権なので、保護法益であると（一応）いうことができる。

②水門論争にどう答えるかが問題となる。というのは、直接被害者と契約を結ぶ間接被害者が多数に上る可能性があるからである³⁰。

Ⅱ 契約と過失不法行為責任の衝突

以下、瑕疵物損失類型を検討する。

1 イギリス法

（1）過失不実表示類型（責任肯定）

過失不実表示類型において過失不法行為責任を肯定した、*Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd*³¹貴族院判決を検討する。事案は、XによるAの信用力の照会に対して、Y銀行がAの信用力は良好であると表示したので、XによりAに対し契約が履行されたところ、それが過失による不実表示であったことから、Xが経済的損失を被ったものである。判旨は、①表示者が特別な知識または技術を有すること、すなわち、表示者が専門的助言者である——とくに金融サービスにおいてのそれである——こと、②表示者と被表示者の間に特別の関係がある——表示者が責任を引き受け、被表示者がそれを信頼し、表示者と被表示者の間の関係が契約と同等のものである——ことから、表示者Yの被表

²⁸ ibid.

²⁹ 拙稿・前掲注（1）N B L 936号25-28頁（Ⅳ）参照。

³⁰ たとえば電線を切断された電力会社の事例のように。

³¹ [1964] AC 465.

示者Xに対する過失不実表示責任を肯定した³²。

現代の複雑な金融取引を行う上で、専門的知識をもつ専門家に頼ることなく取引を行うことは不可能に近い。裏を返せば、そのような専門家に対する社会的信頼が守られなければ、円滑な取引は望むべくもない³³。

①は、このような専門家に対する社会的信頼を保護したものといえる。

②は、表示者Yと被表示者Xの間の特別な関係を要件とすることにより、水門論争に対処したものといえる。

(2) 瑕疵物損失類型（原則として責任否定）

本類型では、原則として責任は否定される。

*D & F Estates Ltd v Church Commissioners for England*³⁴貴族院判決は、契約連鎖関係事例（YA間の建物建築請負契約＋AX間の建物賃貸借契約）で、建物の瑕疵につき、請負人Yの建物借主Xに対する過失不法行為責任を否定した。以下、その理由を整理する。

①過失不法行為責任が肯定されるとすれば、契約により定められた標準または契約によるリスク・アロケーションを覆すことになるために、過失不法行為責任は否定される。よって、契約の連鎖を遡り、順に契約責任が追及されるべきである³⁵。

②瑕疵物損失類型では、水門論争は問題とならないといったが、しかし水門論争は別の形で問題となる。すなわち、危険な瑕疵と危険でない瑕疵の区別が微妙で困難な場合が多く、危険でない瑕疵にかかる不当なクレームの濫用のおそれを排除するという政策的観点から、危険な瑕疵か危険でない瑕疵かを問わず、責任を否定することに重要な意義がある——これは日本の製造物責任法の議論である——³⁶。

③貴族院が責任を否定したのは、すでに立法府による制定法

³² ただし、免責条項が存在したことから、免責された事案である。

³³ 山本・前掲注（13）169頁。

³⁴ [1989] AC 177.

³⁵ HG Beale (ed), *Chitty on Contracts* (30th edn, 2008) paras 1-176-1-177.

³⁶ 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『逐条解説 製造物責任法』102頁（1995）。

(Defective Premises Act 1972³⁷) が存在し、それにより同様の保護が図られていたからである³⁸。

以上が、貴族院が瑕疵物損失類型で過失不法行為責任を原則として否定する理由である。すなわち、不法行為法は契約に介入すべきでないとの原則に従い (①)、不当なクレームの濫用のおそれを排除すべく (②)、立法と司法の役割分担のために (③)、過失不法行為責任を否定したのである。

(3) 瑕疵物損失類型 (例外的に責任肯定)

本類型でも、例外的に責任が肯定されることがある。

*Pirelli General Cable Works Ltd v Oscar Faber & Partners*³⁹ 枢密院司法委員会 (最上級審) 判決は、契約当事者関係事例 (コンサルタント・エンジニア Y と X の間の煙突設計契約) で、煙突の瑕疵につき、コンサルタント・エンジニア Y の X に対する過失不法行為責任を肯定した⁴⁰。

(ア) 例外的に責任を肯定する、その形式的な正当化理由について

Pirelli 事例は *Hedley Byrne* 判決の射程内にあり、*Pirelli* 事例でも過失不法行為責任を肯定できるとする見解がある。これには、2つの見方がある⁴¹。

① *Hedley Byrne* 判決の意義は、Y 銀行が専門家であることを理由に過失不実表示責任を認めた点にあり、*Pirelli* 事例を、コンサルタント・エンジニア Y が専門家であることを理由に過失不法行為責任を認めた例ととらえるものである。

② *Hedley Byrne* 判決の意義は、表示者 Y と被表示者 X の間に特別な

³⁷ 義務の内容は、優良な職人らしい仕方で、適切な材料により建物が建築され、その建物が居住に適するものでなければならないというものである (1条)。さらに、これは強行規定である (6条)。

³⁸ [1989] 1 AC 177, 207-208.

³⁹ [1983] 2 AC 1.

⁴⁰ なお、出訴期限のために契約による請求がなされず、過失不法行為請求がなされたが、契約による請求だけでなく、過失不法行為請求も出訴期限のために否定された事案である。

⁴¹ E McKendrick, 'Pirelli re-examined' (1991) 11 Leg Stud 326, 331-332.

関係——Yが責任を引き受け、Xがそれを信頼する。——があることを理由に過失不実表示責任を認めた点にあり、*Pirelli* 事例を、債務者Yと債権者Xの間に特別な関係——Yが責任を引き受け、Xがそれを信頼する。——があることを理由に過失不法行為責任を認めた例ととらえるものである。

①は、専門家に対する社会的信頼を保護したものといえる。

②は、過失不法行為責任が成立することのないように契約をアレンジするのがデフォルトであるが、債務者Yが債権者Xに対し過失不法行為責任を引き受け、Xがそれを信頼する、そのように契約をアレンジしたのであれば例外的に過失不法行為責任が成立する、ということである。しかし、責任の引受なり、それへの信頼という要件は非常に曖昧であり、トートロジーにおちいりやすい。⁴²

(イ) 例外的に責任を肯定する、その実質的な正当化理由について

何らかの損害が生じる前に、施主が瑕疵を見つけたら、施主は、何らかの損害が生じるまで待たず、その段階で不法行為の訴訟原因を取得すべきである。つまり、さらなる悲劇が起こる前に、施主が瑕疵を見つけたら、施主は、さらなる悲劇が起こるまで放っておかず、その段階で危険な瑕疵を修補せよ、しかも、危険な瑕疵の原因者たる加害者の費用で、ということである⁴³。

これは、いわば本丸の法益である⁴⁴、生命、身体、当該建物以外の所有物ないし所有権の侵害による損害の発生を予防すべく、その物理的損害の発生の危険性がないことを保護法益として措定したものといえる。いいかえれば、その物理的損害の発生を予防すべき費用を加害者は負担

⁴² ②は、*Hedley Byrne* 事例（過失不実表示類型）の場合は、水門論争に対処したものといえたが、*Pirelli* 事例（瑕疵物損失類型）の場合は、「水門論争」（不当なクレームの濫用のおそれ）に対処できるものとはいえない。

⁴³ [1991] 1 AC 398, 466.

⁴⁴ 大塚直「公害・環境、医療分野における権利利益侵害要件」NB L936号40頁以下、49頁（2010）。ただし、大塚教授は、本丸の法益の侵害はあったが、不法行為と法益侵害の間の因果関係が証明しにくいことに対処するために、本丸の法益の一部を取り上げる形で別の法益を構成する法技術という文脈で本丸の法益を使う。

すべし、ということである⁴⁵。

以上が、貴族院が瑕疵物損失類型で過失不法行為責任を例外的に肯定する理由である。すなわち、不法行為法は契約に介入すべきでないとの原則の例外を認め（**(ア)** ②）、物理的損害の発生を予防すべく、その物理的損害の発生の危険性がないことを保護法益と指定し（**(イ)**）、しかも専門家責任を考慮した上での解決を図るべく（**(ア)** ①）、過失不法行為責任を肯定したのである。

（４）役務不履行類型（責任肯定）

瑕疵物損失類型で過失不法行為責任を例外的に肯定した *Pirelli* 判決と同様に、この類型以外の役務不履行類型でも過失不法行為責任を例外的に肯定する判決がある。

*Henderson v Merrett Syndicates Ltd*⁴⁶ 貴族院判決は、本事例が *Hedley Byrne* 判決の射程内にあるとして、契約当事者関係事例（Y X 間の代理契約）でも、契約連鎖関係事例（Y A 間の代理契約 + A X 間の復代理契約）でも、フィナンシャル・サービスの提供者（専門家）Y の受領者 X に対する役務の提供の際に合理的な注意を尽くす義務を肯定し、過失不法行為責任を肯定した⁴⁷。

２ 日本法

（１）契約連鎖関係事例

最二判平成19・7・6⁴⁸（以下「平成19年最高裁判決」という）は、契

⁴⁵ 物理的損害の発生の危険性がない建物は物理的損害の予防装置そのものであり、それを金銭評価すれば経済的損失（補修費用額）となる。クーター＝ユーレン・前掲注（6）353-358頁、森田果＝小塚壮一郎「不法行為法の目的——「損害填補は主要な制度目的か」」N B L 874号10頁以下、13-14頁（2008）参照。後掲注（52）参照。

⁴⁶ [1995] 2 AC 145.

⁴⁷ なお、契約による請求は出訴期限のためになされず、不法行為請求がなされた事案である。

⁴⁸ 民集61巻5号1769頁。

約連鎖関係事例（Y A間の建物建築請負契約＋A X間の建物売買契約）で、居住者等「の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような」「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」に限り、請負人Yの建物買主Xに対する過失不法行為責任を肯定した。本判決の調査官によれば、建物の補修費用相当額の損害が生じたものと解されている⁴⁹。

上記貴族院判決と比較し、平成19年最高裁判決の意義をまとめる。

①貴族院は、物理的損害と経済的損失の間に線を引き、前者しか保護しないとしたことにより、不法行為法が契約によるアレンジメントを覆すことを許さなかった。他方、最高裁は、経済的損失のうち危険な瑕疵と危険でない瑕疵の間に線を引き、前者まで保護するとしたことにより、不法行為法が契約によるアレンジメントを覆すことを許した。

②貴族院は、危険な瑕疵かどうかを問わず責任を否定し、危険でない瑕疵にかかる不当なクレームの濫用のおそれを排除したことになる。他方、最高裁は、危険な瑕疵かどうかを区別できることを前提として、危険な瑕疵に限り責任を肯定した。そこで、危険な瑕疵かどうかは今後の裁判例の積み重ねによることになるが、その区別が微妙で困難な場合が多く、負担を伴う判断であることが予想され、危険でない瑕疵にかかる不当なクレームの濫用のおそれを排除しきれるかが問われ続けることになる⁵⁰。

③貴族院が責任を否定したのは、すでに立法府による制定法が存在し、それにより同様の保護が図られていたからである。他方、最高裁が責任を肯定したのは、いまだ立法府による制定法が存在せず、それにより同様の保護が図られていなかったからである。つまり本件は制定法（住宅の品質確保の促進等に関する法律（平成11年）⁵¹）施行前の事案であった。

④物理的侵害を予防すべく、その物理的侵害の危険性が存しないこと

⁴⁹ 高橋譲「判解」曹時62巻5号215頁、231頁（2010）。

⁵⁰ 福岡高判平成21・2・6判時2051号74頁（平成19年最高裁判決の差戻後控訴審判決）は、本件建物には危険な瑕疵は存在しないとした。

⁵¹ 新築住宅の取得契約（請負、売買）において、基本構造部分（柱や梁など住宅の構造耐力上主要な部分、雨水の浸入を防止する部分）について10年間の瑕疵担保責任（補修責任等）が義務づけられる（94条、95条）。さらに、片面的強行規定である（94条2項、95条2項）。

を保護法益と措定したとして最高裁を正当化することができる⁵²。

⑤「マイホームは一生の買い物」⁵³、「マイホームは一生の夢」といわれるが、そのマイホームに欠陥が発覚したときの住宅購入者の精神的落胆や精神的不安はどれほどか⁵⁴。そのような精神的損害を被らないことを保護法益と措定したとして最高裁を正当化することもできる。

契約の当事者が自分の意思で自分の権利または利益を処分し、契約違反のリスクを配分したのであるから、契約によるアレンジメントに不法行為法が介入するべきではない(①)。しかし、契約によるアレンジメントが一方の当事者の権利を剥奪する場合、その被害者に最低限の保護を保障する任務が、不法行為法にはあるとされている⁵⁵。最高裁は、居住者等「の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような」「建物としての基本的な安全性」が、被害者に保障される最低限の保護である、としたのである。④は、不法行為法の予防的機能を肯定したものである。⑤は、政策的考慮が反映したものである。④⑤は、契約責任により保護される契約利益(経済的利益)とは異なる保護法益を措定し、不法行為責任を肯定するところに特徴がある⁵⁶。

⁵² 最高裁が、加害者に経済的損失(補修費用額)を負担させたということは、加害者に物理的侵害の予防装置の費用を負担させたということである。高橋・前掲注(49)1386頁(注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391頁以下、412-414頁(2009)参照。前掲注(45)参照。

⁵³ 【国土交通省】「住宅の品質確保の促進等に関する法律」のページ(<http://www.mlit.go.jp/jutakukentiku/house/torikumi/hinkaku/hinkaku.htm>)。

⁵⁴ 建設省住宅局住宅生産課監=犬塚浩『Q&A 住宅品質確保促進法解説』2-3頁(第2版、2000)。

⁵⁵ 四宮和夫『請求権競合論』93-94頁(1978)。ただし、全規範統合説により効果規範統合を行う文脈においての記述である。

⁵⁶ ここには、④物理的侵害の危険性が存しないこと、あるいは、⑤精神的損害を被らないこと、を保護法益と措定しながら、これを経済的損失(補修費用額)に換算するという「ずれ」がある。前掲注(16)参照。

⑤精神的損害を被らないことを保護法益として措定する場合、錦織教授のいう「ずれ」と同じ「ずれ」を見ることができる。つまり、既発生の精神的損害をどのように経済的ないし金銭的に評価するかという問題が現れている。

他方、④物理的侵害の危険性が存しないことを保護法益として措定する場合、

製造物責任法から提起された、不当なクレームの濫用のおそれの問題を検討するに、一方で、建物も製品と同様の議論ができるが(②)、他方で、建物と製品では、④物理的侵害の危険性の程度が異なるとして、あるいは、⑤精神的損害の程度が異なるとして、違う扱いをすべきであるという議論も成り立つ。

(2) 契約当事者関係事例

東京地判平成20・1・25⁵⁷ (以下「平成20年東京地裁判決」という)は、契約当事者関係事例(建築士YとXの間の建物設計・工事監理委託契約)で、「構造的欠陥による倒壊の可能性や漏水による水損を生じさせることになる」、また、「蟻被害により構造部分の朽廃を進行させ建物の倒壊の可能性を生じさせるものである」、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」に限り、建築士YのXに対する過失不法行為責任を肯定した⁵⁸。

専門家に対する社会的信頼の保護により、本判決を正当化することができる。

表

	類型	事例	イギリス	日本
(i)	過失不実表示		○ <i>Hedley Byrne</i>	(省略)
(ii)	瑕疵物損失	契約連鎖関係	× <i>D&F Estates</i>	△H 19 年
		契約当事者関係	○ <i>Pirelli</i>	△H 20 年
	役務不履行	契約当事者関係	○	(省略)
		契約連鎖関係	○ <i>Henderson</i>	
(iii)	間接被害者		(省略)	(省略)

過失不法行為責任につき、○：肯定、×：否定、△：危険な瑕疵に限り肯定

錦織教授のいう「ずれ」とは異なる「ずれ」を見ることができる。つまり、未発生の物理的損害を予防すべく既発生の経済的損失を賠償させるという「ずれ」であり、未発生の物理的損害と既発生の経済的損失は「べつもの」である。

⁵⁷ 判タ1268号220頁。

⁵⁸ なお、XのYに対する債務不履行に基づく損害賠償請求権は、商行為により発生した債権であり、建物の引渡し時点でYの監理行為も終了し、それから5年が経過したことで時効消滅したものと判断されている。

おわりに

本稿は、とくに建物の瑕疵により経済的損失（補修費用額）のみが発生する類型につき、過失不法行為責任の成否、および、その理由を考察した。本稿は、不法行為法は契約に介入すべきでないとの立場から、契約によるアレンジメントとは関係なく過失不法行為責任を追及することはできないと結論づけた。債務者（加害者）と債権者（被害者）は、各人の意思で各人の権利または利益を処分し、両人の合意で契約違反のリスクを配分したからである。さらには、不当なクレームの濫用のおそれの排除（政策的考慮）や、立法と司法の役割分担も考慮されていた。

しかし、イギリスの貴族院は例外的に、日本の最高裁は危険な瑕疵に限り、過失不法行為責任を肯定する。不法行為法が被害者に保障すべき最低限の権利ないし利益は何か。それは、物理的侵害の危険性が存しないことであり（不法行為法の予防的機能）、マイホームを巡り精神的損害を被らないことでもある（政策的考慮）。さらに、専門家に対する社会的信頼の保護も考慮されていた。このような利益を保護すべく、不法行為法は契約に介入したのである。

（後記）

本研究は、日本学術振興会・科学研究費補助金『金融システムの変動と消費者・投資者保護法制』（研究代表者：瀬川信久教授）による研究成果の一部である。

この場をお借りし、瀬川信久先生の十余年に及ぶご指導に対し、深く感謝を申し上げます。先生の「利益分析をなささい」というご指導を肝に銘じ、今後も研究に励む所存です。先生の今後のご活躍をお祈り申し上げます。