

## 建替え費用の損害賠償請求が 認められるための要件と 635 条但書

久須本 かおり

### 1. はじめに

建築請負契約に基づいて建築された建物に重大な瑕疵があって建替えるほかにないような場合、建替え費用相当額の賠償請求ができるとする最高裁平成 14 年 9 月 24 日判決判時 1801 号 77 頁がでてはやくしい。この判決以前は、建物その他の土地の工作物について解除を禁ずる 635 条但書との関係で、建替え費用の損害賠償を認めるべきか否か、下級審判例では結論が割れていたところ<sup>1</sup>、この最高裁平成 14 年判決によって一応の決着がつけられることになったことから、平成の重要判決の一つとも言われている。学説上は、最高裁平成 14 年判決のとった法律構成に対して批判的な見解も示されているものの、当時、社会問題となっていた欠陥住宅被害に対する救済が叫ばれる中で、契約が解除されたのと同じ効果をもたらすことにより注文者を保護する帰結そのものについて特に異論が示されることはなく、最高裁のとったこの手法は、欠陥住宅被害の重要な救済方法の一つとして実務上定着しているように思われる。そして、現在の実務の問題関心は、建替え費用の損害賠償が認められるために最

---

1 最高裁判決が出されるまでに、建替え費用の賠償が問題になった判例としては次のものがある。大阪高判昭 58・10・27 判時 1112 号 67 頁（肯定）、大阪地判昭 59・12・26 判タ 548 号 181 頁（肯定）、大阪地判昭 62・2・18 判タ 646 号 165 頁（肯定）、神戸地判昭 63・5・30 判タ 691 号 193 頁（否定）。

高裁平成 14 年判決が示した規範が当てはまるのは、具体的にどのような場合かという点にあるといつてよい。

このような中で、神戸地裁平成 23 年 1 月 18 日判決判時 2146 号 106 頁は、建物に重大な瑕疵があるが、とはいえ物理的に建替えが不可避とはいえない事案において、建物を存続させて瑕疵を修補するために要する費用と、建物を取り壊して建物を建替える費用とを比較し、修補費用が建替え費用を上回ることを理由に、建替え費用の損害賠償を認めた。先の最高裁平成 14 年判決の判旨は、建替えが不可避であるということが建替え費用の損害賠償を認めるための要件であるかのように読めるため、神戸地裁判決が先の最高裁平成 14 年判決との関係でいかなる意味を有するのかが問題となる。以下では、神戸地裁判決の示した考え方が、最高裁平成 14 年判決の示した規範との関係で許容されるものであるのか、許容されるとすれば、それが最高裁平成 14 年判決の規範にどのような影響を与えるといえるのかを検討する。また、これらの検討を踏まえたうえで、ここでの問題の核心部分をなしている 635 条但書の存在意義についても改めて考えてみたい。

## 2. 最高裁平成 14 年 9 月 24 日判決の示した規範

まず、この問題に関して最高裁平成 14 年判決の示した規範を確認しておく。事案は次の通りである。

X は、Y との間で、三世帯住宅用の木造二階建て建物の建築工事を代金 4350 万円余で行う旨の建築請負契約を締結した。ところが、Y が建築した本件建物には、非常に多数の欠陥箇所があるだけでなく、主要構造部は、基礎が脆弱で、基礎と土台の接合も稚拙・粗雑であつて、不良材料が多数使用されており、建物自体の安全性・耐久性に欠け、地震や台風などの振動・衝撃を契機に建物が倒壊する危険性を有するものとなつていた。そのため、個々の継ぎ接ぎの補修では根本的な欠陥を除去できず、根本的な欠陥を除去するためには、土台を取り除いて基礎を解体し、木構造についても全体をやり直す必要があるのであつて、結局、技術的、経済的に見ても、本件建物を建替えるほかない状態

であった。そこで、X は Y に対して、瑕疵担保責任に基づき建替え費用等の損害賠償を請求した。

最高裁は次のように判示した。

「請負契約の目的物が建物その他土地の工作物である場合に、目的物の瑕疵により契約の目的を達成することができないからといって契約の解除を認めるときは、何らかの利用価値があっても請負人は土地からその工作物を除去しなければならず、請負人にとって過酷で、かつ、社会経済的な損失も大きいことから、民法 635 条は、そのただし書において、建物その他土地の工作物を目的とする請負契約については目的物の瑕疵によって契約を解除することができないとした。しかし、請負人が建築した建物に重大な瑕疵があって建替えるほかない場合に、当該建物を取去することは社会経済的に大きな損失をもたらすものではなく、また、そのような建物を建替えてこれに要する費用を請負人に負担させることは、契約の履行責任に応じた損害賠償責任を負担させるものであって、請負人にとって過酷であるともいえないのであるから、建替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることを認めても、同条ただし書きの規定の趣旨に反するものとはいえない。したがって、建築請負の仕事の目的物である建物に重大な瑕疵があるためにこれを建替えざるを得ない場合には、注文者は、請負人に対し、建物の建替えに要する費用相当額を損害としてその賠償を請求することができるというべきである。」

建替え費用の損害賠償が認められるための要件として最高裁平成 14 年判決が示したのは、第一に、建物に重大な瑕疵があること、第二に、瑕疵ゆえに建替えざるを得ないこと、の二つである。建物に重大な瑕疵がある場合というのは、これまで建替え費用の損害賠償が問題となった判例を概観する限り、主要な構造部分について建物の安全性・耐久性に重大な影響を及ぼすような欠陥がある場合を意味するという理解で、おおむね一致しているようである。これに対して、建替えざるを得ないという意味については、物理的に修補が不可能な場合のみを指すのか、もっと広く、部分的な修補の費用が全体を建替えるより高くつく場合をも含むかについては、判旨からは必ずしも明らかではない<sup>2</sup>。しかし、判旨が、「個々の継ぎ接ぎ的な補修によっては根本的な結果を除去す

ることができ」ないといっていることからすると、本件は物理的に修補不可能と評価できる事案であり、このような事案を前提として二つの要件が設定されたということは留意する必要がある。

また、最高裁平成 14 年判決は、これまで建替え費用の損害賠償請求を否定する見解が、その論拠としてあげていたところの、「建替え費用の損害賠償を認めることは、請負契約の解除を認めることと同等又はそれ以上のことを認めることとなるので、民法 635 条但書の規定の趣旨に反する」との批判<sup>3</sup>に答える形で、635 条但書が解除を認めない趣旨は、請負人の負担が過大となり、また、せっかくの建物を壊すのは国民経済的観点から好ましくないことにあることを確認した上で、上記二つの要件を満たした瑕疵ある建物について、建替え費用の損害賠償を命じることは請負人に酷とはいえないし、そのような欠陥ある建物を取り壊すことは社会経済的損失ともいえないとする。

もっとも、最高裁平成 14 年判決のいうように、635 条但書の制度趣旨が妥当しないのであれば、但書の適用は排除され、端的に同条本文に従って解除を認めてもよいようにも思われる。本件では X が解除を主張していないので、解除が主張されていたら最高裁がこれを認めていたかどうかは明らかで

---

2 笠井修・最高裁平成 14 年判決評釈・NBL764 号 72 頁は、部分的な修補の費用が全体を建替える費用よりも高くつく場合を意味するとする見解を示しているが、加藤新太郎・判例批評・判タ 1154 号 67 頁は、笠井説に対して批判的であり、物理的に修補不可能な場合に限定すべきであるとする。

3 建替え費用の賠償請求を否定する見解の論拠としては、建替え費用の賠償を認めることは、請負契約の解除を認めることと同等またはそれ以上のものを認めることとなるので、635 条但書の規定の趣旨に反すること、建替え費用の賠償を認めると、瑕疵ある建物と、瑕疵のない建物を新築する費用を得ることになるのだから、いわば請負建築物の二重取りとなり、注文者に過大な利益を与えることになること、建替え費用の賠償は瑕疵修補の観念と相いれないこと、である。そして、この見解に立つ場合、損害賠償の額は、瑕疵のない建物の客観的な価値と瑕疵ある建物の現在価値の差額としてとらえるべきであるとする（後藤勇「最近の裁判例から見た請負に関する諸問題」判タ 365 号 54 頁）。注 1 に挙げた神戸地判昭 63・5・30 はこれらの論拠を採用している。

はない。また、一般的な理解として、建替えと修補とは異なる概念であり、修補の中に建替えが含まれることはないところ、最高裁が建替え費用の損害賠償の根拠条文を修補に代えての損害賠償の規定に求めていることからすると、建替えは修補の一環として位置づけられることになる。これらの点をとらえて、学説では、判例とは異なる法律構成の可能性が提示されている。例えば、635 条但書はこのような重大な瑕疵までは想定しておらず、原則に戻って解除が可能であるという見解、あるいは、重大の瑕疵がある建物は、建物としての使用に耐えないのだから、建物として未完成であって、瑕疵担保責任ははまだ適用されず、一般の債務不履行解除が可能であるとする見解などである<sup>4</sup>。

次に、神戸地裁判決の内容を紹介し、上記の最高裁平成 14 年判決との関係について検討する。

### 3. 神戸地裁平成 23 年 1 月 18 日判決と最高裁平成 14 年 9 月 24 日判決との関係

#### (1) 神戸地裁判決の事案と判旨

事案は次の通りである。

X は、平成 8 年 9 月 15 日、Y1 の A 営業所との間で、本件建物の建築請負契約を代金 1920 万 9500 円で締結し、その後、代金 98 万 8800 円で追加工事契約を締結した（代金総額 2019 万 8300 円、この二つの契約を合わせて、以下、「本件契約」という）。Y1 は、平成 9 年 6 月 18 日、本件建物を完成してこれを X に引き渡した。Y2 は、平成 12 年 10 月 1 日、Y1 から Y2 の A 営業所の事業を承継した。

---

4 前者の見解に立つものとして、花立文子「建築請負契約における瑕疵担保責任」『続現代民法学の基本問題』273 頁、岡孝「判批」判タ 689 号 27 頁がある。後者の見解に立つものとして、山田到史子「判批」阪大法学 43 巻 1 号 315 頁、仕事が未完成であるという理由で債務不履行に基づく既工事分すべての解除を認めた判例として、東京地判平 3・10・21 判時 1412 号 10 頁がある。

Xは、本件建物には、以下に示すような瑕疵があるところ、その修補方法を検討しても、当該瑕疵を修補することはできず、本件建物を取り壊して建物を建替える必要があるとして、瑕疵担保責任又は不法行為責任による建替え費用に相当する損害などを含む損害賠償請求として（選択的併合）、Yらに対して、建替え費用2427万円、建替え中の代替建物の使用料100万円、引っ越し費用30万円、慰謝料100万円、調査費用105万円、登記費用20万円、弁護士費用444万3000円、以上合計3226万3000円及び遅延損害金を連帯して支払うようを求めて訴えを提起した。

Xの主張によると、本件建物の敷地には、盛り土によって形成された軟弱な地盤があり、特に南西角では地盤面下2メートルの深さまで極めて軟弱な自沈層であって、本件建物の基礎はかかる軟弱地盤に対して安全性を確保する対策をとることを要するところ、本件建物の基礎はこのような軟弱地盤に対応できていないため、本件建物のリビングの南北方向に沈下が生じるなど、本件建物全体に不同沈下が発生しており、建築基準法施行令38条で要求される安全性を確保できていないという構造耐力上の瑕疵が存在する。そのほか、基礎下部に捨てコンクリートが施行されていないこと、浴槽下の基礎が施行されていないこと、トイレの給水管が凍結すること、和室外壁に漏水があること、床下断熱材の施工が十分でないこと、耐火構造仕様が注文時のカタログと異なることという瑕疵が存在するというのであった。

これに対する神戸地裁判決の内容は次の通りである。なお、判旨では、瑕疵の認定ならびに修補の方法についてかなり具体的かつ詳細な検討が行われているが、本稿の問題関心に必要な限りで要約して紹介する。

まず、本件建物の瑕疵の有無については、Xの主張する瑕疵の主張はすべて認められている。特に、建替え費用の損害賠償請求に最も関連の深い建物基礎の瑕疵については、「本件建物の基礎が敷地の軟弱地盤に対応することができておらず、本件建物に傾斜が生じていることについては当事者間に争いが無いところ、建築物の基礎は当該建築物に作用する荷重及び外力を安全に地盤に伝え、かつ、地盤の沈下又は変形に対して構造耐力上安全なものとしなければならないのであって（建築基準法施行令38条1項）、基礎の軟弱地盤に対応す

ることができていないことによって不同沈下・傾斜が生じるというのは、建物の構造上の安全性を欠くものであり、本件建物には構造上の瑕疵が存在するといふべきである」としたうえで、「本件建物には、基礎が軟弱地盤に対応できていない構造上の瑕疵を含む重大な瑕疵が含まれているといふべきであり、かかる瑕疵を含む本件建物を建築した Y1 には、建物建築を請け負った業者として負う瑕疵のない建物を建築する注意義務に違反した過失が存在するものと認められるから、Y1 は、不法行為責任として、本件建物に瑕疵が存在することによって X に生じた損害を賠償する義務を負い、Y1 の A 営業所の事業を承継した Y2 も重畳的に債務を引き受けたものと認められるとして、Y2 も Y1 と連帯して責任を負うものとした。

次に、本件建物の瑕疵の修補方法と損害額についてであるが、被告の提示した補修計画による水平修復・沈下防止の補修の方法には問題点があることを指摘したものの、この点を修正すれば、本件建物の基礎の欠陥を補修することは可能であるとする。その上で、軟弱地盤の瑕疵を含め、X の主張するすべての瑕疵を補修するための費用として、合計 2683 万 5000 円を要すると認定しつつ、「他方、本件建物を建替えることによっても本件建物に存在する瑕疵を補修するのと同じ目的を達することができると考えられるところ、……本件建物の建替えに要する費用は 2427 万円と認められる」とし、「瑕疵の補修を行うのに複数の工事方法が考えられる場合には、最も安価な工事方法に要する費用相当額をもって相当因果関係ある損害と認めるのが相当であるから、結局、本件建物に存する瑕疵の補修費用として原告に生じた損害額としては、建替え費用と同額の 2427 万円と認めるのが相当である」とした。

## (2) 神戸地裁判決と最高裁平成 14 年判決との関係

神戸地裁判決の意義を先の最高裁平成 14 年判決に照らし合わせて検討するにあたり、まずもって問題となるのは、建替え費用の損害賠償を認めるために神戸地裁判決がとった法律構成である。というのも、原告は、建替え費用の損害賠償請求をする法律上の根拠として、瑕疵担保責任と不法行為責任とを選択的に主張したところ、判旨は結論として不法行為責任に基づく賠償請求を認め

たからである。瑕疵担保責任に基づく建替え費用の損害賠償請求については、上述したとおり既に確立した最高裁平成 14 年判決があるにもかかわらず、神戸地裁判決はなぜ不法行為責任構成をとったのであろうか。

まずは、神戸地裁判決の事案が、瑕疵担保責任に基づく建替え費用の損害賠償が認められない事案であるといえるか、最高裁平成 14 年判決の規範に照らし合わせて考えてみよう。先に述べたとおり、建替え費用の損害賠償が認められるために最高裁判例が示した要件は、第一に、建物に重大な瑕疵があること、第二に、瑕疵ゆえに建替えざるを得ないこと、の二つである。第一の要件については、本件建物の基礎が敷地の軟弱地盤に対応することができておらず、それによって不同沈下・傾斜が生じているという状況から、建物の構造上の安全性を欠く重大な瑕疵が存在すると判示されていることからして、この要件は満たされているといえる。次に、第二の要件であるが、この要件については、「建替えるほかない」という意味が、物理的に修補が不可能な場合のみを指すのか、それとも部分的な修補の費用が全部を建替えるより高くつく場合をも含むかが判然としないことは先に指摘したとおりである。最高裁平成 14 年判決の事案が物理的に修補不可能な事例であったことに鑑みて、「建替えるほかない」とは物理的に修補が不可能な場合を意味するのであるとすれば、神戸地裁の事案では建物の補修は物理的に可能であると認定されていることから、第二の要件を満たさないことになる。

しかしながら、「建替えるほかない」という要件を、物理的に修補が不可能な場合に限定して考える必要はあるのだろうか。そもそも、最高裁平成 14 年判決が建替え費用の損害賠償を認めるにあたって二つの要件を課したのは、635 条但書が解除を禁止した趣旨に抵触しないようにするためであった。そうであるなら、635 条但書の趣旨に反しない限度において「建替えるほかない」の意味は広く解釈されてしかるべきである。そこで、神戸地裁の事案のように、物理的に修補は可能であるものの、修補費用が建替え費用よりも高くつく場合に、建替え費用の損害賠償を認めることは 635 条但書の趣旨に反することにならないかを検討してみよう。上述したように、635 条但書が解除を認めない趣旨は、請負人の負担が過大となること、せっかくの建物を壊すのは国民経済的

観点から好ましくないことの二点である。まず、修補費用が建替え費用より高くつく場合には、修補費用の賠償を命じられるより建替え費用の損害賠償を命じられる方が、請負人の負担はより少なくて済むといえる。そして、せっかくの建物を壊すのは国民経済的観点から好ましくないという言葉通りの意味からすると、修補すれば利用することができる建物を建て替えることにつながるような賠償を認めることは許されないように思われるが、建物を取り壊さないまま安全に利用できる状態にするためには、建替える以上に費用がかかるのであって、そのような場合にまで建物の存続に固執するのは、かえって不経済であるといえよう。このように、「建て替えるほかない」場合に、物理的に修補が不可能な場合のみならず、修補費用が建替え費用よりも高くつく場合も含むと解しても、635 条但書の趣旨に抵触するものではない。

また、もともと最高裁平成 14 年判決の判旨の中には、「技術的、経済的に見ても、本件建物を建替えるほかない状態」という表現もみられるのであって、「建替えるほかない」と言えるかどうかの判断に経済的視点も加味されるべきことが示唆されているといえる。最高裁平成 14 年判決の事案では、建物の修補が物理的に不可能であったがゆえに、修補費用の算定自体も不可能であり、それゆえ建替え費用との比較を問題にすることができなかつたにすぎない。したがって、経済的見地から建替え費用の損害賠償を認めた方がよいと認められる場合、すなわち修補費用が建替え費用を上回る場合にも、「建替えるほかない」場合に含まれると考えるべきである。

以上のように考えると、神戸地裁判決の事案においても、瑕疵担保責任に基づく建替え費用の損害賠償請求を肯定することができるものと考えられる。では、右判決がこの問題を不法行為責任構成で解決したのはなぜか。それは、やはり右判決の事案において、瑕疵ある建物が物理的に修補可能であることが大きく影響しているように思われる。すなわち、「建替えるほかない」という要件を物理的に修補が不可能である場合に限定して解釈すると、右判決の事案ではこの要件を満たすことができないことになるからである。確かに、最高裁平成 14 年判決の事案が物理的に修補不可能な事案であり、そのような事案であることを前提として最高裁平成 14 年判決の示した二つの要件を読めば、「建替え

るほかない」とは物理的に修補が不可能であることを意味するととらえるのも仕方のない話である。また、建替え費用の損害賠償は635条但書との抵触が明らかに問題となるので、それが認められる場合は限定的でなければならない。しかしながら、だからといって建替え費用よりも高額になる修補費用の賠償を命じることは、請負人にとって建替え費用の損害賠償を命じる以上に酷な結果となるので、このような帰結を回避しなければならない。この点、不法行為責任に基づく損害賠償においては、損害の公平な分担という理念のもと、損害賠償によって逆に被害者を利することのないよう、相当因果関係の基準によって賠償範囲が画されている。したがって、建替え費用が修補費用よりも安くて済む場合には、より価格の低い建替え費用を相当因果関係のある損害と認定することが可能となる。また、すでに最高裁平成19年7月6日判決判時1984号34頁が、建物の建築に関わる設計・施工者等について、建物の建築にあたり、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こと、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、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ことを認めており、建替え費用の損害賠償が問題となるような重大な瑕疵がある場合には不法行為責任を問うことが常に可能となったといつてよい<sup>5</sup>。以上のような事情により、神戸地

---

5 この判決が出るまでは、欠陥住宅の建築が不法行為責任をも生じさせるものであるかは明確ではなく、下級審レベルではこれを否定する判決が示されていた。福岡高判平16・12・16判タ1180号209頁は、「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」。「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制作した場合や、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に余地が出てくる」に過ぎないとする。

裁判決はあえて不法行為責任構成を採用したのではないと思われる。

しかしながら、建替え費用の損害賠償が問題となるような重大な瑕疵が存在する建物の場合には、請負人の責任を契約責任と構成しようと不法行為責任と構成しようと、請負人の義務の内容は、構造上の安全性を備えた建物を建設し引き渡す義務であることに変わりはないし、重大な瑕疵のある建物を建築する請負人には故意・過失があることが一般的であるから、瑕疵担保責任が無過失責任であることが不法行為責任との違いを生じさせるものではなく、結局、表面的な構成の違いに過ぎない。このような状況において、635 条但書との抵触を回避するために、瑕疵担保責任構成をとらないで不法行為責任構成をとったところで、結果的には解除を認めたのと同じ効果をもたらすのであって、635 条但書との抵触は実質的に免れられないのであるから、端的に、「建替えるほかない」の意味を広くとらえて瑕疵担保責任の枠内で処理すべきであったと考える。

なお、同じく不法行為責任に基づく建替え費用の損害賠償請求の可否が問題となった最近の判例として、福岡地裁平成 23 年 3 月 24 日判決判時 2119 号 86 頁がある。この判決は、マンションの売買契約の事案であり、かつ被告が設計者ならびに設計監理者であるために、不法行為責任しか追及し得ない事案であって、神戸地裁判決が不法行為責任構成をとったのとは随分事情が異なるものの、損害賠償の算定に当たって神戸地裁判決に極めて類似した判断が行われている点で興味深い。福岡地裁判決は、まず、被告の作成したマンションの構造計算書は不適切に偽装された誤ったものであったため、これが原因で梁が各所でたわみ、ひび割れが多数発生するにいたっており、大規模な地震等による崩壊、破壊又は重大な変形等をきたす危険性があるものといわざるを得ず、本件マンションには建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるものと認定している。その上で、先に示した最高裁平成 17 年判決を引用し、被告は不法行為による賠償責任を負うべきであるとする。そして、損害の算定については、「補修することが現実的に可能であり、かつ、当該補修費用が建替え費用よりも低額となる場合には、損害の公平な分担という観点からも、補修費用をもって損害と認めるのが相当」であるとして、本件マンションは補修が現実的に可能で

あり、かつ補修費用1億7400万円相当は、建替え費用6億7800万円相当を下回ることから、補修費用の賠償を相当因果関係のある損害と認めるのが相当であるとしたものである<sup>6</sup>。この判決の注目すべき点は、修補が物理的に可能であるというだけの理由で、建替え費用の賠償を否定しているわけではないということである。つまり、修補が物理的に可能である場合には、補修費用の賠償しか認められないというのではなく、補修費用と建替え費用とを比較検討したうえで、より経済合理的な賠償方法を選択するという手法がとられているといえ、このような考え方は神戸地裁判決に通ずるものがある。

今後は、建築技術の進歩によって、かつては建て直すしかなかったような構造上の欠陥も、建物を取り壊すことなく修補することが可能になる場合が増えてくることが予想され、損害賠償として建替え費用か修補費用かの選択を経済的観点から行う発想は一層必要となるものと思われる。そして、このような選択は、不法行為責任構成における相当因果関係の枠組みの中でしか許されないものであるべきではなく、瑕疵担保責任構成においても同様に許されるべきであると考ええる。

ところで、最高裁平成14年判決は、建替え費用の損害賠償を認めるための根拠を、634条2項の修補に代えての損害賠償の規定に求めているところ、建替えは修補の概念には通常含まれないという批判があることは、先に述べたとおりである。この点、神戸地裁判決は、「瑕疵の補修を行うのに複数の工事方法が考えられる場合には、最も安価な工事方法に要する費用相当額をもって相当因果関係ある損害と認めるのが相当」であるとして建替え費用の損害賠償を認めているのであるが、ここでは、建替えも瑕疵の「修補の一方法」として位置づけられている点に注目すべきである。建替えが修補の一方法に過ぎないと

---

6 福岡地裁の事案が、瑕疵担保責任で構成できるものであった場合（つまり、売主に対して責任追及する場合）、どのような内容の損害賠償が認められるべきかを巡っては、請負の瑕疵担保責任とはまた違った点で議論があり、興味深い。売買の瑕疵担保責任については、法定責任説、契約責任説が存在し、それぞれ認められる賠償内容が異なるほか、契約責任説内部でも様々な見解があり、建替え費用の賠償を認めないものもある。

いうことであれば、建替え費用賠償の根拠条文を 634 条 2 項に求めることは当然のことといえ、最高裁平成 14 年判決もこのような考え方を前提としていることがうかがわれる<sup>7</sup>。

もっとも、神戸地裁判決のいうように建替えが修補の一方方法であると解すると、損害賠償の場面のみならず、634 条 1 項本文の修補請求として、建替え請求が認められると解することができることになるのではないが<sup>8</sup>。これを認めることは、一般に修補にかかる費用が建替え費用に近い場合には、修補義務は履行不能であり、損害賠償の問題として解決するしかないと解されているところと矛盾する。しかしながら、よく考えてみれば、修補にかかる費用が高額に過ぎるため、修補義務が履行不能であると判断され、損害賠償の問題として解決されるべきだとしたところで、最高裁平成 14 年判決の手法によって建替え費用の損害賠償が認められれば、瑕疵を誰が治癒することになるかという違いはあれ、現実には瑕疵は治癒されるわけであるから、注文者にとっては修補義務が履行された場合と利益状態は変わらないし、請負人にとっても自ら建替えをさせられるのとその経済的負担は変わらないはずである。この点をとらえて、単なる修補では請負人の債務内容が履行され得ないという意味における新規制作の必要性があり、新規制作のために過分の費用を要しないという意味における新規制作の相当性が存在する場合には、新規制作も瑕疵の修補の一方方法として位置づけ、634 条 1 項本文の「瑕疵の修補」に含まれると理解することによって、同条項を根拠に新規制作請求権が認められるべきであるとの主張がなされており、注目に値する<sup>9</sup>。しかしながら、本稿で問題にしているような重大な瑕疵ある建物を建築した請負人に対して、注文者はもはや信頼を失っていることがほとんどであり、実際問題として、同じ請負人に建替え請求という形で再び仕事を請け負わせることはほとんどないと思われる。

---

7 同様の指摘をするものとして、原田剛「判批」別冊ジュリ 192 号 159 頁。

8 同様の指摘をするものとして、笠井・前掲注 2・73 頁、古積健三郎「判批」法セ 580 号 112 頁。

9 原田剛「請負契約における瑕疵担保責任」(2006 年) 3 頁以下。原田説は、単純に修

このように、本稿で検討した神戸地裁判決は、下級審判決ではあるものの、最高裁平成 14 年判決が示した二つの規範において不明確であった部分を明らかにするものとして意味を有するとともに、建物に重大な瑕疵があるものの建替えが不可避ではない事例における損害賠償の算定において大いに参考となるものと思われる。同種の判例の蓄積が待たれるところである。

#### 4. 民法 635 条但書の存在意義

以上に示した神戸地裁判決の検討から、建替え費用の損害賠償が認められるために最高裁平成 14 年判決が示した要件の一つである「建替えるほかない」の意味を、物理的に修補が不可能である場合のみならず、修補費用が建替え費用を上回る場合をも含むと解することができるのであれば、建替え費用の損害賠償が認められる場合がまた一步拡大することになる。この拡大が、635 条但書の「制度趣旨」に反するものではないことは上述したとおりであるとしても、建替え費用の損害賠償を認めることが効果としては解除を認めることに等しいことに変わりはなく、それは一般に強行規定であると解されている<sup>10</sup> 635 条但書がまさに禁止している場合に当たるわけであるから、同条但書との表面上の抵触をも拡大させるものであることは事実である。そこで、最後に、建替え費用の損害賠償を認めるにあたって理論的障害となっている 635 条但書の存在意義について改めて検討してみたい。

まず、635 条但書の立法経緯に関する研究から、そもそも同条但書は、本稿で問題にしているような重大な瑕疵がある場合をも想定して規定されたもので

---

補請求の一環として建替え請求を認めるという趣旨ではなく、重大な瑕疵ある仕事に対する「瑕疵除去」の極限として、本来的履行請求権から派生する新規制作請求権を導き、さらにそこから、この請求権を修補に代わる損害賠償請求権へと接合することにより建替え費用相当額の損害賠償の可能性を構想することを通じて、注文者を保護すること、つまり最高裁平成 14 年判決の結論を理論的に正当化するための試みである。

10 635 条但書の強行規定性の沿革について、花立・前掲注 4・282 頁。

はないとする指摘がなされている<sup>11</sup>。その内容を必要な限りで要約すると次の通りとなる。

635 条の原案の起草者である穂積陳重は、但書の提案理由を次のように説明する。建物を建てるとか水道を掘るとかの場合に、それは人力でもって元の通りに直せないこともないが、実際上あとに戻すことのできないような場合が多く、また、仮にできてそれをさせることは経済上公益上利益がないことが多く、土地だけは解除ではなく損害賠償だけに留めておいた方がいいだろう、という<sup>12</sup>。同様に、梅謙次郎は、動産は解除して容易に原状回復ができるが、不動産については非常な金と時とを費やしてこしらえたものを壊すということは経済上不利益が多いと指摘し、家の建築の場合、それが何もならないことはないだろうから、損害賠償だけさせたらいいだろうと述べている<sup>13</sup>。

調査委員の重岡薫五郎は、建築された建物が瑕疵のためにとうてい住むことが出来ない場合が考えられ、そのような場合に注文者にその家を強いて所有させるのは、はなはだ不公平、残酷であり、また請負人に多少の過失がある以上これを責罰するというのも社会のために利益があるかもしれないから、解除を許す方が適当であるとして、同条但書の削除を主張している<sup>14</sup>。これが本稿の問題としている建替えざるを得ないケースであるところ、穂積も梅もこれに対して明確に答えていない。むしろ彼らの議論の前提となっているのは、瑕疵により契約目的が達成できないような場合であって、例えば、開業医が家の建築を注文したところ、医師ならば車で出入りするのに、出入口に井戸を作ってしまったら車の出入りするところがなく、地面が狭いために他に出入口を作ることができないという事案を例に挙げ、注文者はこの建物を隠居の住居にするとか、人に売って隣りに土地を買ってさらに建てることもできるのであって、目的が達成できないから解除を認めて壊してしまうのはいかにももったいないの

---

11 岡孝・前掲注 4・24 頁以下、花立・前掲注 4・276 頁以下。

12 「法典調査会民法議事速記録四」549 頁。

13 速記録・前掲注 12・551 頁。

14 速記録・前掲注 12・551 頁。

で、後は修補が可能ならば修補させ、あるいは損害賠償で処理するのが妥当だとしているのである<sup>15</sup>。

他方で、穂積は、現在の 634 条の提案説明において、修補に非常に手間や費用がかかる場合であっても、その瑕疵が大変に大きく、まるで目的を達することができないような場合、例えば、家の建築を注文したところ、建ってみると、その家の建て方が非常に粗雑であってその中に居住するのが危険であるという場合においては、多分の費用を要するとしてもそれを十分に直せと請求することができなければならないと述べている<sup>16</sup>。ここから、起草者は、瑕疵のために居住することに危険が伴うような建物については、いかに過大な費用がかかっても修補請求若しくはそれに代わる損害賠償を認める趣旨であるようにうかがわれる。

このように、635 条但書の起草過程においては、建物に重大な瑕疵があって建替えざるを得ないというように、建物が客観的に利用価値を有しているとはいえない場合はほとんど念頭におかれていないのであるから、このような場合に同条但書の適用は排除されると考えるべきである。一方で、起草過程では、このような場合にはどんなに費用がかかっても完全履行請求あるいはそれに代わる損害賠償を認めるべきであると考えられていたのであって、この考え方からすれば、建物に重大な瑕疵があって建替えざるを得ない場合について、解除の問題とはしないで、修補に代わる損害賠償の一環として建替え費用の賠償を認める最高裁平成 14 年判決が出てくるのは予想される結果であるといえよう。

また、635 条但書が強行規定であるとされるゆえんは、解除による原状回復が社会経済的損失を伴うものである点にあるが、その損失はあくまで利用価値のある建物につき解除を認めることにより生じるものであって、元々利用価値のない建物については社会経済的損失も生じないはずであるから、解除を政策的に禁じる理由もないといえる。

このような立法経緯における議論の検討から、635 条但書を制限的に解釈適

---

15 速記録・前掲注 12・553 頁～558 頁。

16 速記録・前掲注 12・545 頁。

用すべきとする見解が主張されている<sup>17</sup>。つまり、635 条但書が建物について解除を認めないとした規定であると解する場合でも、その適用範囲は、起草者が想定していたところの、注文者にとっては契約の目的を達するものとはいえないが、客観的に見て建物としての基本的な安全性が備わった建物としての価値を有する場合に限定すべきであり、一旦取り壊して建て替え直す必要があるような、客観的に見て重大な瑕疵があり、それ故に使用上問題がある場合には、その適用範囲外にあると解すべきであるという。最高裁平成 14 年判決のとした建替え費用の損害賠償という手法に比べて、端的に解除を認めるこの解釈論は、より直裁的で説得力がある。

ところで、現在、債権法改正作業が進められているが、635 条但書はその中でどのように扱われているのであろうか。

作業部会では、建替え費用相当額の損害賠償を認めた最高裁平成 14 年判決を受けて、土地の工作物を目的とする請負の解除の制限を見直しすべきかどうか、そしてその具体的方法として、例えば、土地の工作物を目的とする請負についての解除を制限する規定を削除し、請負に関する一般原則に委ねるという考え方や、建替えを必要とする場合に限り解除することができる旨を明文化する考え方が示されているところであり、これをどう考えるべきかが議論されている。しかし、見直しについては賛否が分かれているようであり、見直しに慎重な意見として、現行法を改めると、目的物が土地の工作物であっても比較的容易に解除することができるようになってしまうことの危惧が示されている<sup>18</sup>。

以上の議論を踏まえると、少なくとも、本稿が問題としているような、建物に重大な瑕疵があって利用価値がない場合については、635 条但書は適用されるべきではなく、本文通り解除が認められるべきであると考え。とりわけ、欠陥住宅被害として問題となる事案では、原告が一般消費者である場合も少な

---

17 花立・前掲注 4・295 頁以下。

18 法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」359 頁。

くない。このような場合に、635条但書を理由に解除を制限することは、一般消費者に一方的に不利益を強いることになる。もちろん、判例は、こうした不利益を回避すべく、建替え費用の損害賠償という手法で被害者を救済しているのであり、それは高く評価されるものであるが、これは635条但書が解除を禁じているが故の抜け道的やり方にすぎないし、しかも、解除と同じ効果をもたらすという点で解除そのものを認めるのと実質的には変わらないのであるから、端的に解除を認めるべきであろう。

解除を認めることで最も危惧されるのは、請負人に酷すぎる結果とならないか、という点である。この点については、同条但書の起草当時との状況の変化から許容されるとの指摘<sup>19</sup>があり、これに共感を覚える。すなわち、起草当時は、請負人よりも注文者が経済的優位にあり、請負人を保護すべき必要もあったといえるが、請負人は仕事上の損失を他の仕事でカバーすることができること、今日保険等も整備されていること、また、一般に建築請負は設計・施工一環方式がとられており、注文者側で施工の監理・監督を行うことが少ないうえに、契約内容となるべき契約書、設計図書等の不備が多く、諸書類の引渡も少ないという実情があることから、少なくとも建築工事施工の段階では請負人の優位性は否定できない。この非対等性は、請負人が大手の建築会社であり、注文者が一般消費者である場合にはとりわけ顕著になって現れるといえよう。しかしながら、民法の請負の規定をみると、もっぱら請負人保護に比重が置かれており、建物の建築請負に関しては、注文者保護に関わる規定は633条及び634条があるに過ぎない。このような状況で、建物の建築請負において解除を認めることによって注文者保護に傾いたとしても、当事者間の負担のバランスが崩れるわけではないという。

もっとも、解除を認めるべきとはいえ、635条但書をそのまま削除することは妥当ではない<sup>20</sup>。なぜなら、635条本文によると、「契約の目的を達することができないとき」に解除が許されることになるが、先に指摘したとおり、建築

---

19 定塚孝司「主張立証責任論の構造に関する一試論」『故定塚孝司判時遺稿論集』（1992年）421頁～423頁。花立・前掲注4・296頁。

請負における契約目的の達成不能は、建築された建物が客観的に利用価値を持たないということと同義ではないからである。したがって、本文をそのまま適用すると、客観的に利用価値のある建物でも、注文者にとって契約の目的を達成することができないと評価できる場合には、解除ができてしまうことになるのであって、これは起草者も言及しているとおり、まさに社会経済的損失であるといえよう。したがって、土地工作物については、本文で認められる解除権にさらに一定の留保を付ける必要がある。具体的には、「土地の工作物については重大な瑕疵がある場合に限り、解除できる」とし、「重大な瑕疵」があるかどうかの判断については、最高裁平成 14 年判決の示した規範に則して、構造部分に基本的な安全性を欠く瑕疵があること、それが原因で取り壊さざるを得ない場合か、あるいは修補は可能ではあるが、修補費用が建て替え費用よりも高つく場合であることを要件とすべきであると考えられる。

---

20 この点、民法学者で構成される債権法改正委員会のとりまとめた基本方針では、635 条の本文が残され、但書のみが削除された形で提案がなされている。民法（債権法）改正検討委員会編「詳解 債権法改正の基本方針 各種の契約 (2)」(2010 年) 58 頁。