

# 「マンション分譲取引」と 多角的法律関係に関する覚書<sup>(1)</sup>

西 島 良 尚

(目 次)

- 一 「マンション分譲取引」とは
- 二 「マンション分譲取引」と「多角的法律関係」
- 三 購入者から施工業者に対する責任追及
  - 1 その必要性
  - 2 「取引」の仕組みを構築・利用・参加し利益を得る「取引」参加責任試論
    - (1) 責任の根拠
    - (2) 責任の内容
  - 3 「取引」参加責任の位置づけについて
    - 「取引」参加「意思」に基づく「取引」参加責任とは—
  - 4 「取引」参加責任を問える射程範囲
- 四 結語—「多角的法律関係」の多元的有用性と実務家の役割

## 一 「マンション分譲取引」とは

ここで、表題とした「マンション分譲取引」とは、どのような取引類型を想定しているか、まず説明しておきたい。

現在、多数の入居者を予定する都市型の新築マンションを建築しそれを販売・分譲する取引においては、多くの場合、次のような仕組みによって行われている。マンション分譲業者（いわゆるディベロッパーといわれる企業）が、敷地の選定、購入層の想定・マンションの構造・間取・イメージなどのグランドデザイン・取引価格の設定・広告宣伝その他の企画全般にわたってマンション建築分譲計画を主導する。そして、マンション分譲業者が建築施工業者（ゼネコン）にマンション建築の施工を発注し、マンション建築が行われ、分譲の広告宣伝活動により分譲申し込みの募集を行う。分譲の申し込みの募集広告を行う時期は、最速でも建築確認など行政上必要な許可がおりた以後であるよう制約されているが（宅建業法33条）、マンションの建築工事着工後で建築途中の場合が多いといわれる。それも少なくとも建物の基礎工事が完了した頃か、高層の場合は1階ないし2階まで建築工事が完了している頃（以後は5日で1階、1ヶ月で6階分工事が可能といわれている）が最近では多いといわれている。それは、一方で、建築コストの変動が起りやすい昨今では、あまり早く取引価格を決定すると業者側に不測の損害が生じる危険があり、他方で、完成後の募集・販売では遅きに失するからだといわれる。

そして、この取引に関わる基本的な当事者は、開発分譲業者（ディベロッパー）、施工業者（ゼネコン）、そしてマンションの各専有部分の多数の購入者である。その間の法律関係は、分譲業者と施工業者との間の建築請負契約があり、分譲業者と各購入者との間に各専有部分及びそれに付随する共用部分及び敷地権の共有持分についての売買契約があり、各購入者と施工業者との間には直接の契約関係はないのが通常である。もっとも、

マンション分譲計画の中心になる分譲業者が直接売主の立場に立たないで、系列の販売会社などに販売を委託する場合もあり（近時は財務上のオフバランスの観点から売主を特定目的会社（SPC）とする場合もある）、さらに施工業者とは別に設計・監理を専門業者に委託する場合もある。しかし、その基本型は、分譲業者と施工業者との請負契約関係と分譲業者（ないしその販売代理業者）と各購入者の売買契約関係の組み合わせだった「取引」<sup>(2)</sup>とってよい。しかも、このような取引は、特定のマンション分譲についての企画（敷地の選定なども含めた）→施工→販売（通常施工の途中から）という一連の作業につき、明確な役割分担に基づく、共同業者としての密接な関係を前提とする、社会的な実体として明確な定型性をもった「取引」類型として認識できるといってよいであろう。

通常（必ずしもいい）、マンション分譲のための広告パンフレットには、施工〇〇建設株式会社、売主〇〇不動産株式会社が、完成予定や入居予定の年月とともに明記されている。購入者の素朴な認識としては、パンフレットに記載された分譲業者や施工業者が、それぞれの役割分担は存在するとしても、共同の計画の下でつくった建物（商品）を共同で売り出しているとの認識を持って不思議ではない取引類型である。

## 二 「マンション分譲取引」と「多角的法律関係」

それでは、上記で述べたような、「マンション分譲取引」が、本共同研究のテーマ（前掲注(1)参照）における「多角的法律関係」たりうるかを検討し、そして、その検討過程から何らかの新たな法的な示唆ないし有用性が得られるかについて検討してみたい。

本共同研究において、椿教授は「“契約の態様として三ないしそれ以上の当事者が関与している場合”における観察視点として、三角関係あるいは多角関係という用語・観念を取り上げ」とされ、「三人なら三人の者が

『それぞれ一定独自の立場で一つの法律関係において関与者となっており、かつ、必ずしも一個の契約により関係者全員の直接的結合が成立・存続するとはいえない場合』と場面をとりあえず確定したうえで、『特に留意したいのは、要件面では、法律関係の形成に際する三者ないし四者の関与態様、効果面では、多角的法律関係の内容、とりわけ契約当事者ではない関与者の法的地位いかんである』とされる<sup>(3)</sup>。そして、中舎教授は、本稿で検討の対象とする「多角的法律関係」となりうる「複合取引」について、「『多数当事者』間で『契約内容が異なる複数の契約』が結ばれ、これらが『社会経済的一体性』を有している取引関係とする。」とされ、①転貸借のような契約連鎖型、②保証取引のように債権者を要とする契約併存型、③割賦購入斡旋のように、契約の循環的併存型の三つの類型を示され、「これらの複合取引では、法形式上は、二当事者間で締結される契約が複数存在するにすぎないが、社会・経済上は、これら複数の契約がその成立・存続・消滅のすべての場面で相互に牽連性を有し、一体となっている取引を構成している」とされる<sup>(4)</sup>。

上記で述べたような「マンション分譲取引」は、特定のマンション分譲についての企画→施工→販売という一連の作業につき、分譲業者と施工業者との明確な役割分担に基づく両者の共同作業者としての密接な関係を前提とし、分譲業者と施工業者との請負契約及び分譲業者と購入者の売買契約を不可欠の手段とし、マンション分譲という経済活動において社会的な実体として明確な定型性をもち、反復継続されている「取引」類型ないし「仕組み」として認識できるといってよいであろう。すなわち、法形式上は、二当事者間で締結される契約が複数存在するにすぎないが、社会・経済上は、これら複数の契約がその成立・存続・消滅のすべての場面で相互に牽連性を有し、一体となっている複合取引を構成している一類型といえると考えられる。このような「取引」類型は、「契約の連鎖型」ともいえるが、むしろ各業者側の専門性に基づく役割分担による契約結合からなる「仕組

み」にユーザーを呼び込み、企業側の一方と契約を締結させ、全体（当事者）の「取引」目的を達成するという意味で、「ファイナンス・リース取引」に近い取引類型といえよう。この意味で、現代型の「多角的法律関係」として捉えることができるのではないか。

このような「マンション分譲取引」において、ここでの考察対象の中心とする実際上の問題は、最終的に各購入者が取得したマンションの各専有部分ないしそれを支える共用部分に「瑕疵」があった場合に、購入者は、誰に対し、何を根拠に、何を請求できるのかということである。ここでの、契約関係は、分譲業者と建築施工業者との間では請負契約関係があり、分譲業者と購入者との間には売買契約関係があるが、施工業者と購入者との間には契約関係はない。従来契約ごとの分析的な考え方では、購入者は、マンションの「瑕疵」について、契約関係にある分譲業者に対しては契約責任の追及ができるが、施工業者に対してはできない。施工業者に対し、契約責任を追及できるのは分譲業者である。購入者が、施工業者に対し責任追及できるとしたら、通常、理論上考えられるのは不法行為責任の追及あるいは債権者代位権の行使くらいであると考えられてきた。

しかし、このように全体の「取引」の部品にすぎない契約ごとに分析的・分断的に考察するのではなく、「多角的法律関係」の発想に基づき、特にそのような高度に類型的な「取引」に参加した購入者の保護に関わる問題を中心として、その「取引」に参加しその仕組を自ら作り出してそれに購入者を呼び込み、そして、その「取引」における一定の役割を担っている各業者について、当該「取引」全体の目的や仕組みの実体に照らして、その「取引」上の地位にふさわしい法的責任の考察を試みる必要がある。

特定のマンションを建てて販売するという一連の目的・計画的な経済活動に参加している各業者は、マンションを販売して一定の利潤を得ることを企図する業者として相互に共同関係にある。それにもかかわらず、そのような各業者が共同製作したといえる「商品」に瑕疵があった場合に、

それに関する取引上の各業者の責任を、一連の企業活動のための手段にすぎない各契約関係とその契約主体の区別を貫徹し、各契約ごとに分断的に考察する方法は、根本的に見直されてよいように思われる。

### 三 購入者から施工業者に対する責任追及

#### 1 その必要性

上記の「マンション分譲取引」において、分譲後、通常は特定物と考えられる当該マンションに「瑕疵」が発見された場合に、各購入者の救済を契約関係に即して考えると、まず考えられるのは、各購入者が直接の売買契約関係がある分譲業者に対し行う、売買契約に基づく瑕疵担保責任の追及である（民法570条）。

それによると、①その要件として、その目的物について契約適合性の欠如である隠れた「瑕疵」があり、買主がその発見後1年以内（住宅品質確保促進法により「新築住宅」の売買または建築請負では、その構造耐力上主要な部分または雨水の浸入を防止する部分の瑕疵については引き渡しから10年間瑕疵担保責任を負うとされるが、すべての瑕疵について適用されるわけではない。）であることを充たせば、売主の過失の有無を問わず、②その明文上の効果は、「損害賠償」ないし契約目的不達成の場合の「解除」である。ただし、ここで、この瑕疵担保責任の法的性格論については、学説上は法定責任説と債務不履行責任説の争いがある（判例（最判昭和36・12・15民集15巻11号2852頁）についてはいずれとも明確に評価しがたい段階である）。その争いと関連して「損害賠償」の範囲が「信頼利益」にとどまるのか「履行利益」に及ぶのかという議論があり、またさらに「瑕疵修補請求権」が認められるのか否かという議論がある。最近では債務不履行責任説が有力とされ、損害賠償の範囲については「信頼利益」の限定を克服しようとする傾向が強くなり、「瑕疵修補請求」まで肯定する傾向が強いと見える（伝統的な通説である法定責任説からも契約

類型に応じた信義則などにより肯定する立場も有力である)。

たしかに、マンション購入者の救済にとって、契約関係にある分譲業者が、分譲後の「瑕疵」の発見に対して事後的対応能力やその資力を有している場合には、施工業者に対し修補を指示したり、損害賠償責任を負担したときも施工業者と内部的にそれを求償分担するなどそれほど問題なく処理できるであろう。しかし、問題は、マンション分譲業者がそのような能力や資力を欠いたときである。特に分譲業者が倒産状況に至った場合には、取引上の責任を追及できる相手が分譲業者だけだと、その救済にとって著しく不十分な結果となろう。この場合は、マンション購入者としては、施工業者に対しては不法行為に基づく損害賠償請求<sup>5)</sup>か、あるいは分譲業者の請負契約上の瑕疵担保責任や債務不履行に基づく請求権について債権者代位権の行使ないしその転用などの構成が考えられるが、それだけで、はたしてマンション購入者の救済にとって十分といえるか疑問である。しかも、そもそも、「マンション分譲取引」において購入者にマンションを分譲するという明確な目的の下にマンションを施工建築するという役割を担った者の責任としては、そのような第三者的責任の追及で済まされようとする自体が公正に適ったものとはいえない

そこで、購入者は、契約関係のない施工業者に対しても、施工業者が「マンション分譲取引」という社会的に典型的な「取引」の仕組みの中で、マンション購入者にマンションを分譲（販売）する目的の下で、明確な役割を担い、分譲業者と共同業者としての実態的地位にあることに照らして、直接に「取引」責任（契約責任に準じる責任）の追及を認めるべきである。すなわち、購入者の施工業者に対する瑕疵担保責任の履行請求として損害賠償請求だけでなく瑕疵修補請求権を認めるべきであると考えるのである。債権者代位権の行使ないし転用による場合は、そもそも、施工業者の分譲業者に対する契約上の抗弁を対抗される可能性があり（この抗弁自体、この取引の仕組を主導的に担っている業者側の内部的な問題とい

える)<sup>(6)</sup>、購入者の保護としては十分とはいえない。そして瑕疵修補請求権については、不法行為構成で導き出すことは困難であるといえよう<sup>(7)</sup>。

## 2 「取引」の仕組みを構築・利用・参加し利益を得る「取引」参加責任試論

さて、それでは、このように施工業者が直接に購入者に対し「取引」責任を負うとしても、その根拠を何に求め、その責任内容をいかに構成するかが問題となる。

### (1) 責任の根拠

それについては、とりあえず以下のような方向で考えてみたい。

施工業者は、自己が、マンションを分譲（販売）する目的の下にある「マンション分譲取引」という「取引」の仕組みを分譲業者と共同して構築しそれに参加しそれを利用していることに、その責任の根拠が求められるべきである。すなわち、分譲業者、施工業者あるいは設計・監理業者が別途存在すればその者も、当該「取引」の下で担うべき役割を担うことを自覚して当該「取引」のしかるべき地位に参加し利潤を得るのであるから、その「取引」における「役割」や「地位」にふさわしい「取引」履行責任を負うことになると考えるのである。

このことを支える実質的な根拠として、このような「取引」の「仕組み」においては、実質的な対価関係にあるといえるのは、誰の「給付」と誰の「給付」との間にあるのかという視点からの、以下のようなことも考慮されるべきではないか。

マンション分譲「取引」においては、マンション分譲業者と施工業者が共同して当該マンションを建築・施工し供給するという「給付」行為と、各マンション購入者がその対価である代金を分譲業者を窓口にして分譲業者及び施工業者側（いわば「業者側」）に支払うという「給付」行為との間に、対価関係があるのである。ここで、施工業者がその仕事の対価を得



るのは、分譲業者との請負契約の場面のみに着目すれば、その請負契約に基づくようにみえるが、それは、当該「取引」の仕組みを用意した業者側の内部的な問題といえる。

マンション購入者としては、銀行からの貸付金（ローン）によるか否かを問わず、とにかく分譲業者に対しマンションの代金を支払えば、購入者としては、分譲業者及び施工業者に対する「給付」は完了したと見ることができる。購入者は、分譲業者を当該「取引」の窓口として代金を支払えば、分譲業者との売買契約上の義務だけではなく、その「取引」上の義務を完了しており、その支払われた代金が施工業者に適正に分配されているか否かはマンション分譲供給側の内部の問題として、購入者側はあずかり知らないことである。「マンション分譲取引」においては、予めその企画において施工業者等の得る対価が計算されており、それとの関連で購入者が支払う代金額も決定されている。代金収受に関しては、分譲業者と施工業者とは一体と見ることは、社会通念に照らしてさほど困難なこととは思えないのである。分譲業者と施工業者とは、代金の決定・収受の「仕組み」を予め用意した上で、購入者を分譲業者との売買契約締結という形式で「取引」関係を締結している。これは、各契約当事者が別個独立に互いに等距離で相手の信用を推し量ってそれぞれの契約当事者がそれぞれの契約の相手方に対してだけ責任をもてばよいような状況とは明らかに異なるといえよう<sup>(8)</sup>。

すなわち、マンション分譲取引においては、マンション購入者が分譲業者を窓口として支払う代金と対価関係にある業者側の「給付」は、マンションを製作供給するということである。施工業者も分譲業者を窓口として施工代金を受領する「仕組み」を構築・利用している以上、その代金受領の対価となる購入者に対するマンションの製作供給責任を免れないと考えられるのである（他方で、施工業者側は、あくまで分譲業者を窓口として代金受領の「仕組み」を前提としている以上、施工業者から購入者に対する代金請求は原則としてできないと解される。）。

## (2) 責任の内容

それでは、「マンション分譲取引」においてマンション建築を請け負う施工業者として参加する業者が、購入者に対して負う、その「取引」における「役割」や「地位」にふさわしい「取引」履行責任とは具体的には何か。

施工業者は、購入者に対し、分譲業者と共同してマンションを製作供給するという当該「取引」の給付行為の中で、マンションを製作するという中核的な給付の一部を担っており、その製作物に「瑕疵」があった場合には、分譲業者とは独立して、かつ、連帯して、瑕疵修補義務及び損害賠償義務を負うと解すべきである。その責任内容は、マンション分譲「取引」が全体として制作物供給取引としての目的・性格を有していることから、分譲業者も施工業者も、原則として特段の事情のないかぎり、売買契約上の契約責任（民法415条、570条等）と施工業者が分譲業者に対して負う請負契約上の契約責任（634条以下638条等）の内容のうち、購入者はその救済手段を選択して施工業者に対し責任追及できると解しておきたい。

この点、施工業者の「取引」参加責任として自ら担う請負契約上の責任の限度でこれを購入者に対しても負うと解する選択肢もあるが、分譲業者と施工業者がタッグを組み、自ら「マンション分譲取引」という仕組みをつくり、共同してマンションを製作し供給する「取引」の中核部分を担っている以上、言い換えれば、そのような企業活動の企画や法的仕組みもっぱら企業側の主導で作りあげ、分譲業者を窓口として各購入者からの代金を受領し、分譲業者と施工業者がともに各購入者との関係で直接的な利益を上げている以上、両者ともに、責任も共同して制作物供給「取引」責任（ともに購入者に対する制作物供給契約者と同様の責任）を負うべきであると現段階では考えている。

なお、このような「取引」上の責任を導くのに、当該「取引」のパーツとしての請負契約を分譲業者と締結し当該「取引」に参加したことにより、施工業者は購入者に対しても、信義則上の義務（契約の第三者効的な付随

義務)を負っていると構成することも可能だと思われる。しかし、従来の伝統的な契約自体からその効果を拡大するという発想だけではなく(もとよりその有用性を否定するものではない)、端的に、複合的な契約を結合させてさらに上位の「取引」の下での「取引」参加責任という、従来の契約責任とも不法行為責任とも異なる第三の新たな「責任」原因と構成する可能性を模索することも必要ではないかと思えるのである。

このような模索に対しては、従来の「契約責任」との接合性はどうか、そのような「取引」参加責任の内容がはっきりしない、具体的な「取引」類型に応じた、そして、その「取引」への参加者の参加態様に応じた合理的な責任といわれても漠然としているなどの批判が噴出するであろう。しかし、伝統的な「契約」あるいは「契約責任」という道具概念だけではそろそろ不便や無理が感じられ、そして、いささか理論が精緻になりすぎて実践的な指針としては明快さを欠いている状況であると言えなくもない。「多角的法律関係」の視点に基づき新たな概念形成の可能性をさぐる問題提起をする意味があると考え次第である。

### 3 「取引」参加責任の位置づけについて

#### 一 「取引」参加「意思」に基づく「取引」参加責任とは一

上記のような、「取引」参加責任は、これまでの法律行為論、契約成立論との関係で、いかに位置づけられるのであろうか。この点は、既に、中舎教授が「複合的取引を多角的な法律関係であるという視点から捉え、取引全体を包括できるような合意」を問題とされ、その「合意」ないし「意思」を法律行為論・契約成立論との関係で、いかに構成し位置づけるかが問題であることを指摘されている<sup>9)</sup>。

マンション分譲取引に即して、あくまで私の試論を述べれば、以下のとおりである。

その「意思」は、従来の契約における合意の「意思」とは異なる。当該マンション分譲計画による分譲「取引」に参加する「意思」があれば、マ

ンション購入者に対する法律関係や責任の発生を具体的に認識・予見した参加「意思」までは必要ないと考えるのである。「取引」に参加する「意思」は、通常、マンション分譲を前提として施工業者が分譲業者とマンション建築請負契約を締結すれば、その中に含まれていると解される。当該「取引」に参加する意思は、「取引」の類型性ないし典型性について社会における共通認識が形成可能であれば、その「典型的取引」類型の具体性との相関関係において、伝統的な「意思表示」のような具体的なものではない抽象的なものであってよいと考えるのである。

たとえば、「リース取引」はすでにその「取引」類型としては社会的に認知された典型的な類型である。それにサプライヤーとして参加する以上は、直接の契約関係のないユーザーに対するリース物件について担保責任などの責任を負うことの具体的な認識がないとしても、そのリース「取引」に参加するという包括的な「意思」があれば、ユーザーに対する「取引責任」としての担保責任の発生根拠になるというべきである。マンション分譲「取引」においても、その典型性はリース取引に準じるべきものがあるといえよう。

それでは、このような「意思」を「法律行為論・契約論との関係」でいかに位置づけるかである<sup>10)</sup>。私は、伝統的な契約による「合意」責任ではない、しかし、純粹に法定責任でもない、その中間的な、上記のような典型的な「取引」類型に参加するという程度の「意思」によって発生する「取引」参加責任を、正面から認めるべきであると考え。そしてこの「意思」が契約の場合に比してより抽象的なものであるだけに、当該「取引」の構造をふまえた類型的な規律（効果）の合理性が追求されなければならないといえよう。

そして、実は、そのような中間的な責任や効果の発生は、伝統的な多角的法律関係に既に見られるものである。それらは、その「取引」の目的や「取引」内部の当事者の関係こそ異なるが、直接の契約関係にない「取引」

当事者の間に、厳密な意味での「意思表示」に基づかない一定の法律関係が発生するという点では共通していると思われる。

たとえば、「保証取引」において、直接の契約関係にない保証人と主債務者との関係が、保証人の債権者に対する責任の限定に影響し（民法448条・457条や「附従性」という概念を介してのものや、その他近時の「錯誤」論を介しての解釈上の努力も含む。）、あるいは、保証人の主債務者に対する求償関係の規律に影響する<sup>11)</sup>（民法459条～465条）ことなどはその例といえよう<sup>12)</sup>。

すなわち、このように「保証取引」に関して、民法が明文で定める「附従性」の規律（民法448条・457条）や求償関係の規律（民法459条～465条）は、「保証取引」という「典型的な多角的法律関係」と性質決定された場合の、その典型的な合理的規律を定めたものと言え、その法的性質は「典型的な多角的法律関係」として一定の「仕組み」<sup>13)</sup>をもった「取引」に参加ないしそれを利用する「意思」に基づく、中間的な効果といえるのではないか。それは、さらに当該「保証取引」の具体的事情を前提として、当事者が具体的にいかなる「保証取引」に参加する「意思」があったのかという観点から、契約の合理的解釈に類似した、「保証取引」の合理的解釈の余地があり、それが、保証人と債権者との法律関係、あるいは保証人と債務者との法律関係に影響すると考えられるのである。

その意味で、保証取引は、中舎教授が指摘されているように、「一方で、個人の意味を基軸とする法律行為論・意思表示論の枠内で説明することに限界がある」ものであり、「他方では、取引の構造がそのまま法律関係の根拠となるともいえない問題」を含むといえる<sup>14)</sup>。その指摘を私なりに敷衍すると、「取引構造」自体が関係者の基本的な規律の枠組ないし方向性を示しており、保証の場合はそれが制度として確立され明文で定められてもいるが、それだけで合理的規律がなされるものではなく、一方で、「取引」の具体的事情を前提とした合理的な「参加意思」が問題とされその合理的解釈がなされる余地がある。そういう意味で、従来の「合意」による

ものでも「法定」によるものでもない中間的な原因による権利・義務が発生するものとして確立した制度として存在していると理解されるべきである。私としては、このような方向で「多角的法律関係」の基礎理論を構築・形成していくべきではないかと考えている。

同じく、承諾転貸借における転借人の賃貸人に対する直接の義務を定める規定（民法613条）及びその合理的解釈の努力（転借人側からの賃貸人への直接請求などの肯定）についても<sup>15)</sup>、それは、承諾転貸借という典型「取引」への参加ないしその承諾の「意思」による中間的責任といえる。このような既に民法典にみられる典型的「多角的法律関係」をテコとして<sup>16)</sup>、民法典には規律のない（リース取引に関しては「債権法改正の基本方針」ではユーザーとサプライヤーとの間の規律が、伝統的な契約概念の名残をとどめつつも、提案されている。）非典型的な多角的法律関係についても、社会的に「典型的な類型」と認識されてくれば、その「典型的な多角的法律関係」化へ形成する努力が払われるべきであり、その典型的な「合理的な規律」の形成が図られるべきである<sup>17)</sup>。

#### 4 「取引」参加責任を問える射程範囲

それでは、「取引」参加責任をとえる射程範囲がいかにかに画されるかが問題となる。

抽象的にいえば、その多角的な仕組としての「取引」類型の内容が典型的に明確であり、その仕組を利用し参加する業者が各自の役割を明確に認識し、その仕組を通じてなされる給付を受領するユーザーに対して、実質的に共同して給付を行っており、ユーザー側も、パンフレットなどの記載により各役割分担業者が誰か認識しえ、かつ、その役割分担により最終的な給付がなされることを認識しえる場合ということになろう。通常多くのマンション分譲取引は、このような多角的な「取引」参加責任を問える場合といえよう。

そうすると、建築途中から分譲販売がなされるマンション分譲のような「取引」ではなく、建売り住宅の場合においても、当初から建売住宅販売の企画の下で、販売業者と建築業者が提携し役割分担の下で、建売住宅の建築・販売を行う場合も、上記の射程の範囲内といってよいであろう。

他方で、近時の最判平成19・7・6（民集61巻5号1769頁）<sup>18019</sup>の事案は、上記のような定型的なマンション分譲取引の事案とは異なり、建築にあたって当初からの明確な販売目的はなく、その企画・計画性及び発注者と施工業者の提携性は希薄で、取引全体について多角的法律関係としての定型性の弱い事例といえよう（第一審大分地裁の認定した「前提事実」によると、本件建物は建築途中で発注者が売却することになったものであり、当初から分譲ないし売却目的の物件ではなかったようである。）。そうであれば、このような場合は、多角的法律関係としての「取引」参加・利用責任をとえる射程外の事例として扱うことになろう。このような事例においては、とりあえず、最高裁が認めたような不法行為という構成、あるいは債権者代位権の転用などによる責任追及をすることになろう。

#### 四 結語—「多角的法律関係」の多元的有用性と実務家の役割

以上のとおり、マンション分譲「取引」を素材に、「多角的法律関係」の視点に基づく新たな責任論を実験的に述べてみた。椿寿夫教授をはじめ共同研究に参加されている方々の意図を十分にくみ取れていないことを危惧している。今後、検討すべき問題点が、自覚していないことも含めて、多々あると思われる。

それにもかかわらず、あえてこのような実験的な試論を模索してみようとしたのは、私なりに「多角的法律関係」という発想ないし視点の有用性は多元的であり多様でありうると思えるからである。一定の明白な全体的な取引目的のために、三当事者以上がその全体の仕組みの部品ともいえる

契約による結合をはたす場合に、その取引全体の目的に照らして、全体の法律効果を考察するという「多角的法律関係」の視点ないし発想は、理論的レベルだけではなく、実務家の実践的レベルや立法論のレベル（近時の民法改正の議論におけるファイナンスリース取引についての条項を定める提案など）においても、極めて有用な視点であり、その果たす役割は多元的かつ多様であり得るのではないかとと思われるのである。

実務家の実践レベルでの「多角的法律関係」という視点ないし発想を自覚することの有用性は、現段階の裁判において最終的・結果的にはたとえ不法行為や債権者代位権の転用などの従来の枠組で解決を図るにしても、そのような視点に基づく弁護士の主張や立証の組み立て、あるいは、裁判官の事件の実体に即した判断において、妥当な結果を導くためにも効果的な場合が多いと思われるのである。

もちろん、本稿では、理論的レベルの考察にも挑戦したつもりであるが、その考察は一朝一夕にはいかない議論の積み重ねが今後長く必要になるものであろう。そして、債権者代位権の活用（直接訴権的構成）や契約自体から出発したその効果の第三者拡張的構成などその他の法的構成の努力などとの関係や評価については、同時的に、あるいは、二者択一的にその有用性の優劣が決められるものではないと思われる。「多角的法律関係」の視点を活用できない場面でのそれらの有用性はもちろん認めなければならないし、「多角的法律関係」の視点や構成を活用できる場面においても、他の有用な救済手段・武器としての意義が直ちに失われるものではないと考える。ただ、「多角的法律関係」の視点や発想は、どちらかというところと長期的な大きな方向性を示唆する点での意義が大きいと思われるのである。

同時に、本稿を通じて「多角的法律関係」の視点の実践レベルにおける有用性を、特に実務家の方々に検討していただくことが重要であることを強調しておきたい。そのような実践レベルでの積み重ねが伝統的な理論的限界を超えた新たな理論的裏付けを構築していくにあたって不可欠である



と思われるからである。

注

- (1) 本稿は、法律時報80巻8号より連載された、椿寿夫教授の下での共同研究である「多角的法律関係の研究」の一環として、私の同誌に掲載された論稿「『マンション分譲取引』と多角的法律関係」（同誌81巻12号（2009年11月号）92頁以下）の執筆の際に、紙幅の関係上省略せざるをえなかった論述や文献の引用等を補充し、この大きなテーマを今後考え続けていくための覚書とする趣旨のものである。
- (2) 椿寿夫「『多角』関係ないし『三角』関係について—取引法での一視点」法律時報80巻8号99頁。椿教授は、債権者と保証人間の保証契約と、債権者・主債務者・保証人を含む保証全体の「保証取引」を区別される。リース契約とリース取引全体の区別も同様とされる。私もこの発想に従うものである。なお、本稿は西島「マンション分譲契約をめぐる法律関係の素描」—『マンション分譲契約と多角的法律関係』序論— 流経法学第8巻第1号（2008年6月）をベースとしているが、そこでの副題の「分譲契約」を上記の意味での「分譲取引」と改めるものである。
- (3) 椿・前掲注2「『多角』関係ないし『三角』関係について—取引法での一視点」96頁98頁。
- (4) 中舎寛樹「多角的法律関係の法的構造に関する研究序説」法律時報80巻9号100頁。
- (5) この点、鉄骨造3階建ての建売り住宅（土地・建物）の売買において、その建物に柱・梁に使用されている鉄骨などの構造上建築基準関係法令に反する欠陥があり、防火地域内の建物であるにもかかわらず耐火建築物になっていないなどの欠陥住宅について、買主が、売主である建売業者に対し不法行為、債務不履行、瑕疵担保責任それぞれに基づく損害賠償請求を選択的に主張し、かつ、建築施工業者に対しても不法行為に基づく損害賠償請求をした事案において、東京地判平成14・6・17（消費者のための欠陥住宅判例第3集142頁以下）は、「建設業者は施工技術の確保に努める義務に（ママ）負うところ（建設業法25条の25）、本件のように、建設業者において、建築した建物が他に販売されることを知りながら、注文主の注文に基づくとはいえ取替えて建築基準法令に意反する建物を建築した場合には、第三者が当該建物を購入することによって損害を被ることを予見することが可能なのであるから、当該建物の購入者に対し不法行為責任を負うものと解するのが相当であり、本件においても、被告建設業者Y2建設は、原告らに対し不法行為責任を負うものと解するのが相当である。」とした。  
このような場合には、不法行為責任だけではなく、これと競合して、後述するように（本文160頁～161頁）、建売り「取引」参加責任を購入者に対し認めるべきである。これは、直接の契約責任ではない、注文主との具体的な契約とは別個独立した、建売り「取引」の仕組の利用・参加責任であり、その内容は、この「取引」は単なる建物の売買ではなく、製作物供給「取引」の性格を有するので、その共同者として、建設業者には民法の売買ないし請負の規定を準用し最大限購入者の救済を図れる責任内容として構成されるべきである。瑕疵修補責任はもとより、建物に重大な瑕疵があるために建て替えざるを得ない場合には、建設施工業者は直接購入者に対して、当該「取引」利用・参加責任として建替費用相当額の損害賠償責任を負うと考えるべきである。
- (6) 後掲・最判平19・7・6（注17及び18参照。）の事案でも、瑕疵担保責任についての期間の制約や要件加重の特約が障害となった。現在では、住宅品質確保促進法によって瑕疵担保責

任の一定の重大なものについては免責が容易には認められなくなったが、それから漏れるものについてはなお障害になろう。また、請負代金未払いの抗弁などを主張される場合もあるろう。

- (7) なお瑕疵修補請求権について、「瑕疵」ある工事をするような施工業者に瑕疵修補請求権の行使を認めても意味がないと論じられることがままある。このような議論に対して一言しておく。

瑕疵ある工事といっても様々な態様があり、工事を熟知した施工業者に、第三者である工事監理業者を置いて工程の監督をするなどその工事の適正さを担保する手段を講じつつ、補修工事をさせるほうが技術上も費用の節約の観点からもベターな場合もある。いずれにしても代金を支払ったあげく瑕疵ある建物（住居である場合、使わないで済ませる、あるいは、すぐに代替物で間に合わせるというわけにはいかない。）をつかまされた購入者の現状を打破し迅速・適正な救済を図るためには、選択できる武器は多いほどよい。損害賠償請求権一本しかないということが、実務ではいかに不便かと言うことにも思いを至らせる必要があろう。

また、施工業者が、事後的な場合の不法行為責任しか負わないで済むという社会心理的な要素まで考慮すると、実務における救済手段として、このような仕組みに参加する施工業者に契約責任に準じた責任を加味することは（それでも、購入者は「権利のための闘争」には多大な時間とエネルギーを要する。）、当然考慮されて良いことだと思料する。購入者側が、損害賠償請求権、瑕疵修補請求権のいずれを行使するか、あるいは、両者を行使するかの選択ができるということで、初めて現実的な救済を図ることに近づけるというべきである。当初から他の武器が使えず、その武器しか使えないということでは、虎の子の武器も活かさない場合があり、他の武器があり結局はそれを使わないという選択になったとしても、選択した他方の武器を活かすことにつながる場合があるのである。

- (8) このように、「取引」の仕組みを主導的に用意しあるいは利用し一定の「商品」を供給し金銭の利潤をあげる業者側の共同「給付」があり、そしてその対価として、代金が「商品」需要者から業者側のどちらか一方に支払われ、その支払いが実質的には業者側両者が代金を取得する源泉になることが、その「取引」の「仕組み」として仕組まれているという観点から、「リース取引」その他の現代型多角的法律関係も考察されるべきである。すなわち、リース取引においても、ユーザーがリース会社に支払うリース料の出捐が、サプライヤーに対する対価としての意味をもつといえる。リース料が支払われる前提があるからサプライヤーはリース物件給付の対価をリース会社から得るわけであり、リース料とリース物件とは、ユーザーとサプライヤーとの関係においても（おいてこそ）対価的牽連性があるのである。このことと類似性があるといえるべきである。

たしかに、リース取引とマンション分譲取引とは、以下のような違いがある。リース契約においては、物件を供給する役割を担うサプライヤーとその対価を収集する役割を担うリース会社が、それぞれの役割を担っている。他方で、物件についての選定・供給・受領という局面ではユーザーとサプライヤーにおいて、契約関係はないが事実上売買契約当事者のような密接な接触がある。これに比して、マンション分譲契約においては、購入者と施工業者とが事実上の注文者と請負人との関係があるかということ、最近ではマンションの施工現場を購入希望者ないし購入者が見学できることをアピールする分譲業者もあるが、購入者が注文者のごとく施工業者に注文ないし指図をすることは通常はないといえよう。マンションの分譲に関する集金や商品への質問・施工に関する許容された範囲の注文等の窓

口はもっぱら分譲業者の役割である。しかし、それは、当該「取引」の類型におけるその仕組みの特性に応じた各業者の役割の種類の差異にすぎないと思われる。ここで、重要なのは、その「取引」類型の下での実質的な対価関係が誰と誰の間にあるかということであり、さらに、その対価関係が、ユーザーや購入者の給付である金員の支出と、業者側が供給するいかなる「商品」とそれに伴うサービスとに對価関係があるのかということである。業者側が供給するのは、単に物件として供給される「商品」だけではなく、その供給の方法や態様に関わる一定のサービスが伴っている。それは、当該「取引」全体の観点からの「給付」の内容である。リース「取引」においては「リースという契約サービスによる商品供給」が、ユーザーが給付するリース料と對価関係がある給付である。すなわち、ユーザーが選定したサプライヤーが供給するリース物件をリースという契約形式で供給することがリース「取引」における業者側の給付内容である。

他方、マンション分譲「取引」においては、分譲業者が企画・グランドデザインし施工業者が建築施工するマンションを製作供給することが「取引」における業者側の役割分担を担った給付内容である。

さらに、この観点からローン提携販売についていえば、「取引」全体の観点からは、買主が行う提携金融機関に対する利息を付したローンの分割金の支払いと對価関係があるのは、業者側が「商品」をローンのサービス付きで提供するという「給付」であり、金融機関に対する利息付き金員の返済と對価的牽連性があるのは金融機関の信用の供与というサービスだけではなく、供給された「商品」との間にも存在するのである。このような對価関係は、「商品」の瑕疵があった場合にローンの支払いが影響を受けるべきことの重要な根拠になると思われる。

このように「取引」全体の観点から、誰と誰との間に、当該「取引」全体の観点からの、どのような「給付」との関係で對価関係があるのかを考察することは、当該「取引」上の各役割を担う各企業の「取引」責任を考察する上で重要な要素であると考えられる。

- (9) 中舎寛樹「多角的法律関係の法的構造に関する研究序説—複合取引に関する従来の見解の限界と今後の課題」本誌80巻9号103頁～104頁。
- (10) 中舎前掲104頁。
- (11) 求償については、一応、不当利得法理が根底にあると説明できる。しかし、不当利得法理だけでは説明できない、委託の有無による事前求償権の発生や求償の範囲などの相違は、直接の契約関係のない主たる債務者と保証人との関係について、保証人の「保証取引」関係への参加の態様に照らした合理的規律として具体化されているといえるのではないか。
- (12) これらについては、中舎教授が、保証債務の「独立性」と「附従性」及びそれ以外の効果として整理され、保証人と債権者の保証契約それ自体には含まれていない、契約関係のない主債務者と保証人との関係から生じる効果を分析されているところである（中舎「保証取引と多角関係」法律時報81巻5号140頁以下）。
- (13) 経済的な「仕組み」が法制度としての「仕組み」に高められたものといえるのではないか。本研究会では、村田彰教授が、この意味での「仕組み」を代理制度などの古典的多角的法律関係を素材として「法システム」という用語で言及され（なお村田「契約の成否・結合と多角的法律関係」法律時報81巻13号358頁を参照。）、これを芦野訓和准教授が下請負との関係で若干展開されているところである（芦野「下請負と多角的法律関係」法律時報81巻2号108頁以下）。もちろん、「経済システム」が直ちに「法システム」とはいえないのであるが、現代的多角関係においては前者が後者に適切に反映できるかどうかが共通の課題で

あるように思われる。私が、「仕組み」という言葉を用いるのは、椿寿夫教授が既に用いられてきたことと、人為的に仕組まれたというニュアンスを重視したいためである。

(14) 中舎・前掲注①144頁。

(15) 三林宏「適法転貸借と多角(三角)関係」本研究⑤本誌80巻12号91頁以下。

(16) 椿教授は、代理制度についても、古典的「多角的法律関係」としての有用性を指摘されている(椿・前掲注99頁)。代理において、代理人と相手方との行為の効果が本人に帰属するのも、代理という「取引」ないし「仕組み」(システム)を利用する「意思」(代理権授与)によるものであるとみることができる。もちろん「代理行為」を規範的に評価して本人自身の行為ないし三者の共同行為であるとする有力説のような説明も可能であろう(伊藤進「法律行為と多角的法律関係」法律時報81巻4号106頁以下)。有力説の説明のほうが、伝統的な私的自治の理解の下での説明としてはより整合的な説明といえる。しかし、多数説のように代理行為は代理人の行為であるとしうえで、「代理」という「多角的法律関係」を生じる「取引」ないし「仕組み」を利用したものと説明することもできる。

どのような「多角的法律関係」の「取引」ないし「仕組み」を利用するかによって、誰にどのような「意思表示」をすればよいかは異なるが、そのような「取引」に参加する、「仕組み」を利用するという「意思」は前提になる。そして、その「取引」のパーツの契約部分には伝統的な「意思表示」が不可欠の前提となり、それには「取引」全体を利用する抽象的な「意思」も含まれており、後者の「意思」が、「多角的法律関係」の取引構造・目的とあいまって、独自の効果を発生せしめる源であると解されるのである。それらは、既に、伝統的な「法律行為」論の域は超えたものであるが、その中核になる部分の決定は当事者の「意思」に委ねられている点で、私的自治制度と接合性をもったものといえよう。

また、そもそも、すべての法律効果を人がその意思により欲したからとするのは、伝統的な契約理論においても無理であり、そこには「意思」以外の要素ないし擬制が介在せざるをえないであろう(児玉寛「古典的私的自治論の法源的基礎」原島重義編・近代私法学の形成と現代法理論(1988年)119頁~127頁)。むしろ、今日において、伝統的な私的自治理論の域に止まることは、かえって、一部の者の「意思」のみを尊重し、多くの一般人の「意思」がそれによりコントロールされる現実を益々増大させることを意味する。伝統的な契約関係や、ひいてはその契約関係を組み合わせた現代的な「多角的法律関係」における「取引」の「仕組み」を主導的に設計し実践できる事業者等の「意思」の尊重と、それに組み込まれる受動的な一般人の「意思」の「尊重」とのバランスを図るために、この「取引」ないし「仕組み」自体の合理的規律(その「仕組み」自体を主導的に創造する側の「意思」の制約が中心となる)による「典型化」を図る努力を続ける必要がある。

(17) 大村教授が「典型契約」の類型機能及びその合理的規律を重視され、法定の「典型契約」以外に、非典型契約についても、その合理的な解釈等による実践によって新たな「典型契約」の形成を図る努力をすることの重要性を説かれる(大村敦志『典型契約と性質決定』有斐閣(1997年)特に353頁以下及び152頁以下参照。)

同様に、伝統的な法定の典型的「多角的法律関係」(それ自体、たとえば、保証、承諾転貸借で中舎、三林両教授が検討されているように、「多角的法律関係」であることを正面から自覚した上で、さらにその内実をブラッシュアップすべきものであるが)の存在に照らして、現代的な「多角的法律関係」を、伝統的な「契約」をその内に含みながらも、「契約」とは別個の権利・義務の発生原因として認知し、その合理的規律を目指してその典型化を図るべきである。

- (18) 最判平成19年7月6日(民集61巻5号1769頁)について若干の分析・整理を行っておく。

1 事案と最高裁の判断

個人Aが建築業者Y<sub>1</sub>及び監理業者Y<sub>2</sub>に発注した共同賃貸用住宅・店舗(9階建)建物の建築直後に、当該個人から当該建物全体を購入したX<sub>1</sub>X<sub>2</sub>親子が、建物の瑕疵について、①施工業者Y<sub>1</sub>に対しては、Aの請負契約上の地位あるいは瑕疵担保責任の履行請求権を譲渡する合意による瑕疵担保責任に基づき又は不法行為に基づき、②監理業者Y<sub>2</sub>に対しては、不法行為責任に基づき、各損害賠償請求をした事案である。原審(福岡高裁)はいずれも否定した。

ここで注意すべきは、この事案は、上記のような定型的なマンション分譲取引の事案とは異なり、建築にあたって当初からの明確な販売目的はなく、その企画・計画性及び発注者と施工業者の提携性は希薄で、取引全体の定型性の弱い事例である。そのような、建物についての建築請負契約と売買契約の単純に連鎖するにすぎないともみられる取引においてさえも、以下で示すように、最高裁が、施工業者や監理業者に、不法行為という構成で、損害賠償請求を認めた点に意義があると思える<sup>1)</sup>。このような最高裁の判断は、上記のような「仕組み」としての特徴を持つ「マンション分譲取引」においては、さらに一歩踏み出した法的構成を促すものといえるし、新たな構成の可能性を促す素材を提供しているといえる。

最高裁は、以下のように判示し、不法行為に基づく損害賠償請求に関する部分を破棄し福岡高裁に差し戻した。すなわち、「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らながらこれを前提として当該建物を買って受けていたなど特段の事情がない限り、これによって生じた損害について不法行為による賠償責任を負うというべきである。」と述べ、原審が述べたような「違法性が強度である場合」に限定すべきではなく、「例えばバルコニーの手摺りの瑕疵であっても、これにより居住者等が通常の使用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」とし、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵ある場合は不法行為責任が成立すると解すべき」であり、そのような「瑕疵」があるか否か、それによる損害があるか否か等につき審理を尽くさせるために、本件を原審に差し戻すとした。

2 一審(大分地裁)及び原審(福岡高裁)の判断との比較

(1) 第一審判決

第一審判決は、上記①の契約責任に関しては、請負契約の発注者の地位は、建物完成後その報酬もAから施工業者Y<sub>1</sub>に支払われていることなどから、買主X<sub>1</sub>らには移転していないとしたが、瑕疵担保責任履行請求権の黙示の合意による譲渡は認めた。しかし、それも、AとY<sub>1</sub>との間の請負契約が旧四会連合協定請負契約約款に基づくものであり、同約款によると瑕疵担保期間の10年は少なくともY<sub>1</sub>の重過失が瑕疵ごとに認められる必要がありその証明がなく、そうでない場合の2年間の除籍期間は徒過しているとして否定した。

①及び②の不法行為責任に関しては、以下のように述べて、Y<sub>1</sub>及びY<sub>2</sub>に買主X<sub>1</sub>らに対する損害賠償責任を一部認めた。発注者Aと施工業者「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、「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、契約目的とは無関係であって、両者はもともとその制度趣旨が異なる上」「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、両請求権ともに併存させる必要がある」とし請求権の競合を認め、 $Y_1$ 及び $Y_2$ に買主 $X_1$ らに対する損害賠償責任を一部認容したのである<sup>2)</sup>。

## (2) 控訴審判決

他方、控訴審は、①の契約責任については、瑕疵担保責任の履行請求権の譲渡の合意そのものを否定し、①及び②の不法行為責任については、「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認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でてくる」にすぎないとし、「結局は、一審被告らの過失（主観的要件）の有無と、一審原告らの主張する本件建物の不具合が本件建物の基礎や構造躯体に関わるものであるといえるか否か、また、それによって本件建物が社会公共的にみて許容しがたいような危険な建物になっているか否か（客観的要件）が検討されるべきこととなる」とする。

本件における「あてはめ」として、一審原告 $X_1$ らが主張する「瑕疵」のうち、そのような危険性に関わる原則として構造躯体に関わる「瑕疵」13項目について個別に検討し、多くの「瑕疵」については施工業者 $Y_1$ の過失ないし設計・監理者 $Y_2$ の過失の可能性を認めながら、しかしながら、すべての「瑕疵」について、いずれも「構造耐力上の安全性をおびやかすものではなく」「本件について不法行為責任を問うような強度な違法性があるとはいえない」として、一審原告 $X_1$ らの請求を一部認容した判決を取り消し、その請求をいずれも棄却した。

## 3 本件事案に即した若干の検討

本件事案においては、控訴審の判決がそれを意識したように、契約責任である瑕疵担保責任と不法行為責任の守備範囲の問題が存在する。その前提問題として、請負契約や売買契約の当事者間においても、契約上の「瑕疵」（契約適合性の欠如）により生じた損害について、仮に、その「瑕疵」の存在について売主ないし請負人に少なくとも「過失」が認められる場合においても、直ちに不法行為に基づく損害賠償責任も肯定されるかは一つの問題である<sup>3)</sup>。不法行為における伝統的な通説の要件の下での「違法」な侵害といえるか否かは、また別途考慮する余地があるからである。控訴審判決の契約責任と不法行為責任との役割分担の振り分けの仕方は、本件 $X_1$ ら主張の「瑕疵」が「構造耐力上の安全性をおびやかすものではない」との事実認定ないし事実の評価が妥当か否かは別問題であるが、建物の「瑕疵」の補修にかかる労力や費用は、それが直ちに「危険な建物」といえなくとも深刻・重大な場合もある（特に居住建物の場合はその精神的苦痛も含めると軽視できないものがある）ので、そのような考慮を排除するかのような原審の「強度の違法性論」につい

## 「マンション分譲取引」と多角的法律関係に関する覚書

では問題があると思われる。

この問題についての私見を述べると、過失ある「瑕疵」については、それが軽微で補修も容易なもの以外は、契約当事者間においても、少なくとも不法行為の違法性の判断の対象たりうると考え、可能な限り契約責任の追求との選択ができる方向で考えたい。瑕疵担保責任の損害賠償請求の範囲につき「信頼利益」概念などによる制約や期間制限についての不利益を回避する他の救済手段として選択の余地を残しておくべきと考えるのである<sup>4)</sup>。さらに、損害賠償請求権だけではなく、瑕疵修補請求権とを選択ないし併用できることも、特に建築瑕疵においては重要であると考えが、この問題は前掲注(7)で述べた。

最高裁は、「設計・施工者等」は、建物の建築に当たり、契約関係にない居住者等に対する関係でも、当該建物に「建物としての基本的な安全性が欠けることがないように配慮すべき注意義務」を負い、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」には不法行為が成立することを認め、原審の示した基準よりも不法行為責任の範囲を広く捉える基準を示したといえよう。しかし、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」がある場合とは、本件においても買主X1らの売買契約ないし発注者AとY1との請負契約に照らした契約適合性<sup>5)</sup>のレベルの「瑕疵」で、必ずしも「安全性」を損なうとまでいえないレベルの「瑕疵」までは、伝統的な意味での契約関係にない以上、施工業者は買主に対しては責任を負わないことになろう。また、そもそも、「居住者等の生命、身体又は財産」に対する拡大損害に限定しているかのような基準でもあり、差し戻された原審において、そのような拡大損害が存在しないとして結局は買主X1らは保護されない可能性もある<sup>6)</sup>。

本件のような事案は、施行当初から計画的に第三者に建物が販売されるためではなく、まして、本稿で想定するような、当初から明確な企業販売目的があり、その企画・計画性及び発注者と施工業者の機能的役割分担を前提とする「マンション分譲取引」の事案とは異なる。いわば、単純な契約の連鎖にすぎない事案といえるが、このような事案においても、特に契約関係にある売主が倒産状況など十分な資力がないときには、買主の契約上の保護を直接の契約関係にはない施工業者等との関係でも拡大する必要があるのである<sup>7)</sup>。しかし、実務上、当面は、不法行為責任の柔軟な運用か債権者代位権の行使ないし転用を考慮することになるのはやむをえないといえよう<sup>8)</sup>。

これに対して、上記の「マンション分譲取引」のように、取引の企画の段階から売主（分譲業者）と施工業者とが明確な役割分担に基づき、共同業者としての密接な関係を前提とする、社会的な実体として明確な定型性をもった「取引」類型として認識できるといってよい「仕組み」を前提として、マンションの各購入者が分譲業者と売買契約の締結に入る事案においては、さらに直裁に購入者を保護するための「多角的法律関係」の視点・発想に基づいた法的構成を考えてよいと思われるのである。

(補注)

- 1) もっとも、本件建物は施工途中から発注者の都合で売却物件となり、買主と施工業者と事実上の接触があり（買主X1らの控訴審以降の代理人である幸田雅弘弁護士によると、X1らは建物者完成直前からは「施主」扱いを受けていたということである（幸田・後掲注（19）法セミ638号（2008年2月号）18頁。）。また、設計・監理業者が売却の広告・代理を行っているなどの事実があり、当初から第三者に販売する目的ではない完成後の中古建物を単純に売却する場合は若干異なる要素があるともいえる。しかし、建築請負

人が当面、請負契約の相手方である発注者のためだけに建物を施工する場合であり、さらなる買主の存在を当該請負契約における施行の目的として明確に意識していない場合である。ちなみに、本件は、第一審大分地裁の認定した「前提事実」によると、本件建物は建築途中で発注者が売却することになったものであり、当初から分譲ないし売却目的の物件ではなかったようである。発注者は、昭和63年8月8日敷地を購入し同年10月19日施工業者との間で建築請負契約を締結、その後発注者から依頼を受けた設計・監理業者が住宅情報誌に売却物件として広告を出す。大阪在住の買主らが平成2年2月ころ竣工間際の現地（大分）を視察。同年2月末日竣工。同年3月2日本件建物は発注者に引き渡され、同月26日買主らと売買予約契約締結、大分県別府土木事務所建築主事から検査済証が公布され、同年5月23日売買契約締結、同日本件建物の引き渡しを受けた。買主らは平成6年2月1日大阪府池田市から本件建物に移住している。なお、発注者（売主）は倒産したといわれるが（平野・後掲評釈参照）、売却時点で倒産状態だったのか、買主らがそれを知っていたのかは不明である。

- 2) この点、「瑕疵」の認定範囲が狭すぎることを主張するのが幸田・後掲注（19）19頁参照。
- 3) 平野後掲注（19）441頁以下が、明確にこの問題点を指摘する。
- 4) 両者の役割の振り分けの在り方として、①過失のある「瑕疵」により、注文者ないし買主の生命・身体・財産が侵害された場合「拡大損害」が生じた場合には不法行為の守備範囲であるとし、②過失ある「瑕疵」であってもその目的物自体を十分に使用できないことによる逸失利益や、その「瑕疵」を修補する費用といった積極的損害など、その物自体についての損害については瑕疵担保責任の問題であるとする振り分けも考えられる（前掲平野）。しかし、建築「瑕疵」においては、そのような「拡大損害」だけが深刻な損害とはかぎらないこと、救済の必要性のある事態は多様であり、可能な限り手段の選択を認めることが妥当であると思えるので、本文のように解したい。
- 5) 最判平15年10月10日（判時1840号18頁、判タ1138号74頁）は、建築請負契約において、建物が建築基準法上の基準を満たしていても契約に定めた基準を満たさない場合に、「瑕疵」に該当することを確認した。
- 6) この点を後掲・平野452頁・456頁は明確に指摘する。
- 7) この点について、平野教授も、「契約法のレベルにおいても買主の保護が図られるべきである。～中略～買主の売主に対する損害賠償請求権と売主たる注文者の請負人に対する損害賠償請求権とは結びついており、究極的には請負人が支払う賠償金はすべて一売主固有の損害は別として一買主が取得すべきである。そのために、①一方で、売主の注文者として請負人に対する損害賠償請求権が、売主の債権者の一般財産とされることに対する買主の保護が必要になり、②他方で、買主の請負人に対する直接の損害賠償請求権を認めて、実質的に転付命令を取得したに匹敵する状況を作り出す必要があり、それをどう実現するかが課題である。」とされる（後掲・平野452頁）。
- 8) 後掲・平野456頁は、さらに民法650条2項の類推適用+423条の転用、さらには解釈上直裁にフランス法で認められるような「直接訴権」を肯定されようとする。
- 19) 松本克美・立命館法学2007年3号774頁、幸田雅弘・法セミ638号（2008年）18頁、鎌野邦樹・NBL875号（2008年）4頁、円谷俊・ジュリ平成19年度重判（2008年）89頁、平野裕之・民商137巻4・5号（2008年）438頁、花立文子・國學院法学46巻2号（2008年）1頁、藤田寿夫・本誌81巻6号（2009年）、武川幸嗣・法学教室346号（2009年）124頁、ほか多くの評釈等がある。