

# 欠陥住宅 関西ネット 通信 VOL.38

2011年3月26日号

発行 欠陥住宅関西ネット

代表幹事 岩城 穰

事務局長 田中 厚

太平洋法律事務所

〒530-0054 大阪市北区南森町 1-2-25

南森町 i s ビル4階

TEL 06-6365-7292

FAX 06-6365-7293

<http://homepage2.nifty.com/kansainet/>

## 参加報告

### 日弁連「建築基準法を守れ！」 シンポジウム ～安全な住宅の回復のための補修方法を考える～

平成23年1月15日（土）午後1時30分～

於：主婦会館プラザエフ（東京都千代田区）



弁護士

林 尚美

平成23年1月15日、日弁連シンポジウム「建築基準法を守れ！～安全な住宅の回復のための補修方法を考える～」に参加しました。

1 まず、三浦直樹弁護士から基調報告がありました。

ご存じのとおり最高裁判決では、①建替費用相当額を損害として賠償請求をすることができるとしたもの（平成14年9月24日）、②主観的瑕疵も瑕疵であると認めたもの（平成15年10月10日）、③名義貸建築士に第三者に対する不法行為責任を認めたもの（平成15年11月14日）、④建物としての基本的安全性に基づく不法行為責任を認めたもの（平成19年7月6日）、⑤居住利益控除論が否

定されたもの（平成22年6月17日）があり、瑕疵についての判例は出尽くしていると考えられます。

今後は、補修方法が問題となると考えられます。採られるべき瑕疵補修方法は「建築基準法法令等は建築物の最低限の安全性を定めたものであることからすれば、建物の補修方法も、原則として法令等における瑕疵がない状態に復帰させることが相当な方法である」と解されるべきで、これらの主張が容れられるようにしなければなりません。

また、被害の予防と救済のために、「安全な住宅に居住する権利」の実現に努めること、モデル約款の活用、住宅安全基本法の制定が必要となります。一昨

年関西ネットで検討した「建築紛争ハンドブック」（日本建築学会編）の記載内容について同学会との懇談会で協議した内容が論点整理表になったものが紹介されていました。関西ネットでの研究の成果物です。根本的には、建築専門家と法曹実務家との問題意識に乖離があることが問題であると思います。



2 また、「消費者のための家づくりモデル約款」第2版が紹介されました。

初版の主な特徴は、①監理者の地位と責任の明確化、②悪しき慣行・悪習の排除として、i)施工の一括下請けの禁止、ii)現場管理の徹底、③発注者と請負人との対等公平な関係の実現として、i)遅延損害金の利率を6%とする、ii)瑕疵担保期間を10年とする、iii)追加工事には書面による合意が必要とする、iv)請負代金の支払い時期を、代金の10分の9を引き渡し時とし、10分の1を引き渡しから2か月後とするというものでした。

このとおり初版もかなり画期的なものです。第2版はさらに、瑕疵修補方法の明確化と特定住宅瑕疵担保責任の履行の確保等の法律の反映を目指したもので、

瑕疵修補方法の事前合意や瑕疵補修方法一覧表の添付など画期的な内容になっています。興味のある方はご購入ください（本ページ下の囲みをご参照ください）。

3 また、調停の現場ということで、実際にあつた調停を再現する寸劇が行われました。あまりにひどい審判官・調停委員・相手方代理人であり、とても実在のモデルがいるとは思えない発言の連続でした。

4 さらに、パネルディスカッションでは、「安全な住宅を回復するためにはどのようにすればいいのか。建築士が法を軽視をしているのではないか。」ということをもテーマに建築士、元裁判官弁護士らによる討論がなされました。

この中で私が興味深いと思ったのは、①最終的に法的な判断は裁判官がすることから、裁判官に分かるように資料作りをしなければならない一方で、②裁判官は事件数が豊富であることから資料を引き出すプロであるという利点をうまく利用することでした。

これを実践で活かすことができればと思いつながら、みなさんのお話を聞きました。



#### 書籍の紹介

**消費者のための家づくりモデル約款の解説 [第2版]**  
日本弁護士連合会消費者問題対策委員会 編 民事法研究会 発行  
2011年1月発行 定価1、680円

# 全国ネット北九州大会報告

平成22年12月4日（土）、5日（日）  
於：北九州弁護士会館（福岡県北九州市）

弁護士 向山 知

昨年12月に開催された全国ネット北九州大会の様子を報告いたします。紙面の都合上網羅的な報告はできませんことを予めお詫びいたします。

1日目の12月4日、吉岡和弘幹事長の基調報告がありました。その中で、名古屋高裁平成22年10月29日判決（裁判所ホームページの判例検索システムに全文掲載）について言及がありました。

同判決は、耐震強度偽装によって建物（ホテル）を解体せざるを得なくなった施主が、確認済証を交付した建築主事を置く愛知県などに対して賠償を求めた事案について、「建築確認制度は、建築士に対する信頼を前提とし」ている、「法は、建築主事には審査項目の網羅的な審査は要求しておらず、審査の程度にも自ずから限界があることを前提としている」、「建築基準関係規定に直接定める審査項目であれば、建築主事は職務上必要な注意義務をもって審査すべきであるが、上記規定が直接定めていない事項については、審査は原則として不要である」と判断し、建築主事に注意義務違反はないとして請求を退けたものです。

原審の判決（名古屋地裁平成21年2月24日判決、判例時報2042号33頁）では、「建築基準関係規定適合性に関しては、建築主事が建築士よりも、より深く検討し、より適切な判断をなし得る立場にある」、建築主事は「危険な建築物を出現させないための最後の砦と言っても過言ではない」、「本件モデル化等は、（中略）実質

的に本件構造設計が構造耐力に関する建築基準関係規定に適合しないものと判断すべきであり」、「また、建築主事が通常の審査事務において容易に発見し得べきものである」にもかかわらずこれを看過して建築基準関係規定に適合するものと判断したことは、建築主事としての注意義務に違反すると判断され賠償請求が認められましたが、この地裁判決を変更して上記の高裁判決となったものです。

吉岡幹事長は、この高裁判決に対し、建築確認制度はむしろ建築士性悪説を前提としているし、建築主事に網羅的な審査を要求していないというのは根拠なき決めつけであり、また、建築基準関係規定に直接定めのない事項は原則審査不要との判断は、法文に明記されていなくても解釈上法文から導かれることが通説である事項もあることを無視した解釈であると指摘されました。

その後、被害者ご本人である山田晴司さんご発言されました。山田さんの事件は注文住宅で不同沈下が発生し、請負業者を訴えたものの同社は清算し、住宅性能保証機構を相手に別訴提起を余儀なくされたというものです。その別訴でも、「機構が住宅取得者に対して直接補償責任を負うべき根拠は書面上どこにも見当たらない」という理由で敗訴してしまったとのこと。何の落ち度もない注文者が補償を受けられず2重3重の被害に遭う苦しみをうかがい、住宅保証制度の不合理性について改めて考えさせられました。

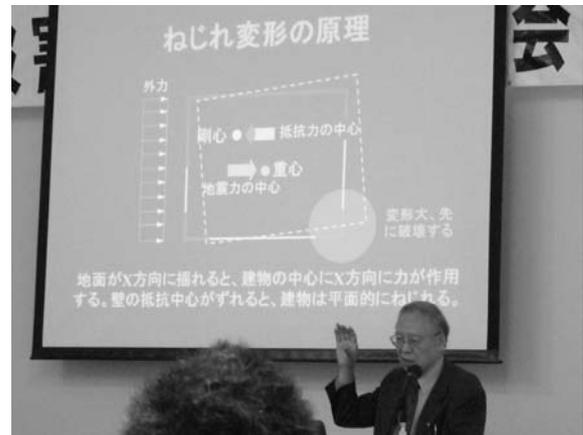


また1日目には「勝つための準備書面を考える」をテーマに議論が行われました。議論自体もさることながら、瑕疵の補修方法や、「建物の基本的な安全性」（最判平成19年7月6日）、建築基準法の私法上の効力、損害賠償の範囲といった論点について、各地の会員弁護士が練りに練って書き上げた準備書面が資料にまとめられており、我が国の建築紛争訴訟の最先端の議論が集約されていると言っても過言ではありません。個人的には、福岡の幸田雅弘弁護士が作成された建築物の安全性に関する準備書面案（資料4-2）が、ビジュアルも駆使して建築基準法の何たるかを説き起こしており、自分で準備書面を書く際に特に参考になると思いました。弁護士の皆さまは（もちろんそれ以外の方も）大会の資料を入手されることをお勧めします。

2日目の12月5日に行われた勝つための鑑定書づくりでは、福岡の蓑原信樹建築士が、裁判官に分かってもらうために、どのように対処しておられるかをお話しされました。裁判官は理系的論理展開・数式・図形が理解できないので、鑑定書では問題要素だけに絞った図を示すようにし、他の情報を入れないようにするといった工夫を凝らしておられるとのことでした。

なお、蓑原建築士は、幸田弁護士との共著でご著書（右の囲みをご参照ください）

を上梓されました。この本は、イラストも豊富で、建築用語に余り馴染みのない方に特にお勧めです（例えば「仕口」や「継手」の解説もあります）。



また、2日目には、宮澤健二工学院大学教授が「木造住宅の耐震性と欠陥問題」について講演されました。

宮澤教授は、耐震性については、木造住宅の様々な工法について解説され、それらがどのように耐震性を確保しているかを説明されました。また、建物が地震の揺れによってどのように影響を受けるかをモデル化しコンピューターグラフィックスで再現した映像が上映され、耐震性の低い住宅が倒壊する様子などが紹介されました。

欠陥問題についてのお話では、欠陥住宅の発生の背景に「技術者の倫理観の欠如」があると指摘しておられたのが印象に残りました。「技術者は自分で考える能力がなければならないし、その責任は自分で負わなければならない。」とも仰っていました。

書籍の紹介

**法律実務家のために  
ひと目でわかる欠陥住宅**

蓑原信樹 幸田雅弘 編著

民事法研究会 発行

平成22年11月10日発行

定価2,500円(税別)



# 関西ネット新人歓迎会

平成23年2月15日（火）午後6時～  
於：大阪弁護士会館

平成23年2月15日に、大阪弁護士会館にて「欠陥住宅関西ネット新人歓迎会」が開催されましたのでその模様をご報告いたします。新人研修会は新人弁護士が登録されるのに合わせて、関西ネットの活動内容を紹介し入会を勧誘する催しです。今年は14名ほどの新人さんが参加されました。当日は平泉憲一弁護士の司会により島村美樹弁護士、橋本頼幸建築士に講師を担当していただき、建築紛争事件に関する法的構成や欠陥住宅裁判における建築士の役割などについてそれぞれの立場からお話していただきました。



はじめに、平泉弁護士より欠陥住宅関西ネットの設立経緯・活動内容や全国ネットとの関係などについて紹介がありました。

島村弁護士は新築住宅を中心に、別府マンション事件などの重要な判例や参考文献などの紹介を交え瑕疵論、法的責任論、損害論、時効と除斥期間などを順にお話していただきました。欠陥とは何か、施工業

## 一級建築士 藤原 清貴

者・分譲業者に対してどのような損害をどのような法的構成で請求できるかなど、新人さんたちにとっては欠陥住宅裁判における用語などについて参考になったのではないかと思います。



続いて、橋本建築士が、「欠陥住宅の相談と実例・補修について」と題して、建築士の業務、建築の種類、建物ができるまでの流れなどの基本的な内容から欠陥住宅の相談から調査終了までのフローの説明や過去の欠陥事例の紹介などもしていただきました。

特に、調査に用いる道具の紹介では、実物を持参していただき、使用方法の説明をしていただきました。はじめて見る道具も多く、新人さんも興味津々でした。

予定していた2時間を超過するほどボリュームたくさんの有意義な研修会になったと思います。

その後、場所を移し新人さんと交流を深めるための懇親会も行われました。

# 「見切りの極意」(第3回) ご報告

平成22年11月19日(金)午後6時～

於：大阪弁護士会館

「建築瑕疵紛争受任時の弁護士の考慮点」



弁護士

平泉 憲一

## 1 はじめに

「見切りの極意」シリーズは、欠陥住宅事件の相談を受けた際に、弁護士ないし建築士が、どのように事案を見立てて、その後の方針を決定すべきかについて、皆で議論していく研究会です。タイトルは「極意」とありますが、少しでも「極意」に到達したいという研究会の目的の現れです。今回は、同シリーズ3回目であり、初の弁護士版でした。

建築紛争に限らず、最初の事件の見立ては非常に重要です。受任時に見立てを誤ると、無用の紛争を生じるだけでなく、貴重な時間や費用を無駄にします。特に建築紛争は、建築士さんの費用負担を生じますし、相談者を徒に不安にすることにもなります。

ただ、建築紛争においては、弁護士は建築士の知見の検証もせざるを得ないので、より一層見立ては困難といえます。このような建築紛争を適切に見立てるには、どうすればよいのかが、今回のテーマでした。

## 2 相談時の配慮点(予備調査の要否)

建築紛争の中心争点は、「瑕疵」の存否、及び瑕疵があるとして「補修方法・補修費用額」といった損害に関わる問題です。

ところが、対象建物に「瑕疵」があるか否かは、建築士さんから持ち込まれた案件ならともかく、弁護士が相談時にすぐに判断できるものではありません。

そこで、まずは、基礎資料や本人からの聴取等から、どこまでコスト・時間をかけて準備を進めるのかを判断する必要があります。ケースバイケースではありますが、一般論としては、相談者が訴える不具合現象から、契約内容ないし法令・標準的な技術基準に照らして明らかに重大な違反があるといえるか否かを検討し、重大な違反があると思われる場合には、建築士さんの予備調査を受けることを勧めることになるでしょう。また、クロスのはがれや建材等の色や形の違いなど建築士さんの協力を得るまでもないような場合はともかく、安全性に不安が残るような場合には、予備調査の費用や効能を十分説明したうえで、予備調査実施の有無を検討すべきでしょう。

なお、瑕疵があるとしても消滅時効や除斥期間の問題など法律的観点から法的な責任追及が困難な場合、または相手方業者の資力の問題等が相談時から判明している場合であっても、建物の安全性に関わるような不具合現象を発生している場合には、法的救済はともかく予備調査の必要性を説明すべきでしょう。

## 3 予備調査実施後の瑕疵判断

予備調査が実施された場合には、調査を行った建築士さんの説明を聞くこととなりますが、これは当該建物に赴いて説明を受ける方がよりわかりやすいと思います。

そのうえで、暫定的な瑕疵判断を行うこととなりますが、「瑕疵」の存否の判断は、法律要件充足の評価である以上、弁護士の仕事ですから、建築士さんに丸投げにせず、弁護士が慎重に判断しましょう。

ただ、安全性についての建築基準法令等の意味内容の理解や、図面・仕様書・見積書等の形をとった設計図書理解、さらには実際の建物の技術的評価については、建築的知見が不可欠であり、この点では建築士さんの協力は絶対必要です。しかし、建築士さんに求めることは、「瑕疵」か否かという法的評価ではなく、あくまでも瑕疵判断の前提となる「建築物の出来・不出来に関する技術的評価」の意見です。2002年3月に東京地裁建築訴訟対策委員会が作成した「建築鑑定の手引き」(判例時報1777号3頁)が、「瑕疵の存否の判断を行う前提となる建築物の出来・不出来に関する技術的評価」として次の事由を挙げていますので参考になります。

- ①建築基準法等の法令の規定の要件を充足しているか
- ②当事者が契約で定めた内容、具体的には設計図書に定められた内容を満足しているか
- ③公庫融資を受けることを予定した建築物において公庫融資基準を満足しているか
- ④わが国の現在の標準的な技術基準を満足しているか

いずれにしても、弁護士が、「判断基準→現状建築物の状況→あてはめ」について、自分自身が納得できるのかが重要で

す(自分でも納得できないものを、相手方、裁判所に納得させることはできないからです)。

#### 4 損害判断と方針の検討

瑕疵があると判断される場合には、暫定的・概算的に補修方法・補修費用額について建築士さんの意見を求めます。そのうえで、法律的争点についての証拠の存否・程度、費用対効果、相手方の資力等様々な事情を考慮して、方針を検討することになります。

この場合、一般論ではありますが、私は、(実質的な損害が)300万円以下程度の損害と解される場合には、相手方の資力にもよりますが、50%~70%程度を獲得目標と考えて、早期・簡便な解決方法(交渉、せいぜい調停)を検討します。

これに対し、実質損害が300万円を超えるような場合には、見通しを厳しめに判断し、相手方の資力等をも考え、訴訟を検討します。いずれにしても、相談者には、予想されるコストやリスクの説明を十分にすることが当然です。なお、訴訟提起の前段階において交渉する場合、その時点で訴状を起案してみることは問題点が明確になり有益です(提訴が出来る程度に主張や証拠が充実していれば、逆に交渉による解決の可能性が高まるので、その点を交渉前に把握することは有益だからです)。

- 5 以上相談から提訴までの間の検討点を挙げてみましたが、あくまでも一般論にすぎませんので個別事案ごとの事情ごとに慎重に検討することが重要と思います。ご参考になれば幸いです。

# 「建築訴訟」研究会(第3回)その1

平成22年10月26日(火)午後6時～  
於：大阪弁護士会館

弁護士 八木 正雄

平成22年10月26日に大阪弁護士会館で行われた、「建築訴訟」(松本克美・齋藤孝・小久保孝雄編 民事法研究会発行)研究会で、「第4章 建築行政訴訟」の項目を担当しましたので、その内容についてご報告します。

## 第1 建築工事と環境紛争

### 1 日照紛争及びそれを予防するための規制

我が国の、特に都市部では土地が高価なため、土地の有効活用という名目のもとに狭い敷地上に密集して建物が建てられることが多いのですが、そうになるとどうしても日照・採光・通風といった生活環境の確保に不可欠な近隣の利益が損なわれ、紛争となりがちです。

建築基準法は、このような利益を確保するために、北側斜線規制(56条1項3号)、日影規制(にちえいきせい、56条の2)、高さ規制(58条)、総合設計制度(59条の2)といった規制を設けています。また、これらの規制を担保するための仕組みとして、建築物を建築しようとする場合においては、当該工事に着手する前に、その計画が建築基準関係規定に適合するものであることについて、確認の申請書を提出して建築主事等の確認を受け、確認済証の交付を受けなければならないとしており(6条)、この中で上記の規

制を満たしているかどうかもチェックされます。

### 2 日照保護を求める行政訴訟

ある建築物について建築確認がなされたが、それが日照規制を含む建築基準関係規定に違反している・それによって被害を受けると考える者(主に近隣住民)は、まず地方公共団体に設置された建築審査会に審査請求をし(建築基準法94条)、それに不服があれば裁判所へ建築確認の取消訴訟を提起することができます。この場合、不服申立てをしてその手続きを経なければならず、いきなり訴え提起はできません(同法96条)。

ただし、近隣住民が審査請求あるいは取消訴訟をするには、建築確認の取消しを求める法律上の利益を有することが必要で、これを「原告適格」といいます(行政事件訴訟法9条)。この「法律上の利益」の判断について、裁判例は、例えば総合設計許可に係る建築物により日照を阻害される周辺の他の建築物に居住する者は、原告適格を有するとしています(最判平成14年3月28日、民集56巻3号613頁)。逆に言えば、自己の日照被害にかかわらない事由による原告適格は、容易には認められません。また、仮に原告適格が認められたとしても、それは単に裁判所の審理を受けることができると

いうだけで、勝訴判決を得るには行政の処分が違法なものであるとの心証を得なければなりません。この本案審理の段階では、行政の技術的・専門的裁量を理由として容易には認められないことの多いのが実情です。

### 3 騒音・振動紛争

建築工事における騒音は騒音規制法で、振動は振動規制法で、それぞれ規制されます。ただし、あらゆる工事が規制されるのではなく、特に著しい騒音・振動を発生されるもの（くい打ち、びょう打ち等）のみが「特定建設作業」と指定して規制されます。

この特定建設作業を伴う建設工事を施工するには、事前に市町村長への届出を要します。市町村長は、騒音・振動が基準に適合しないことにより周辺的生活環境が著しく損なわれると認めるときは改善・作業時間の変更を勧告することができ、従わないときは改善・変更を命じることができます。これに違反すると罰則もあります。

近隣住民が行政のこのような規制権限の発動を求めるには、義務付け訴訟を提起する方法があります（行政事件訴訟法37条の2）。

### 4 眺望・景観にかかわる紛争

景観にかかわる紛争として、①景観を損ねる建築を行う民間事業者に対し、近隣住民がこれを違法として争う場合と、②景観を損ねる公共事業を行う国・公共団体に対し、近隣住民がこれを違法として争う場合があります。

①の場合につき、市条例で高さ20m以上の建築物を建築しようとする場合においては、形状・色彩等を市と事前協議するよう規定されている地区に、地上14階建て（最高地点の高さ43.65m）の建物を建築することは違法であるとして、近隣住民がマンション分譲業者に対して高さ20mを超える部分の撤去を請求した事案で、最判平成18年3月30日（民集60巻3号948頁、いわゆる国立マンション訴訟判決）は、良好な景観に近接する地域内に居住する者が有するその景観の恵沢を享受する利益は法律上保護に値すると判示しました。しかし、ある行為がその利益に対する違法な侵害に当たるといえるためには、少なくともその侵害行為が刑罰法規や行政法規の規制に違反するものであったり、公序良俗違反や権利の濫用に該当するものであるなど、侵害行為の態様や程度の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くことが求められるとしており、景観の利益に対する侵害がごく限られたものとなっています。

②の場合につき、港湾地区の交通渋滞緩和を目的として橋を架けるために港の一部を埋め立てる計画が持ち上がったのに対し、港を埋め立てれば歴史的な景観が損なわれるとして近隣住民が公有水面埋立ての差止めを請求した事案で、広島地判平成21年10月1日（いわゆる鞆の浦世界遺産訴訟判決）は、前記の国立マンション訴訟判決を引用して近隣住民に景観利益を認めたと上、景観保全を犠牲にしてまで埋立てが必要かは疑問であり、景観利益

に対する調査検討が不十分であるから裁量権の逸脱があるとして、公有水面の埋立て免許を交付しないよう命じました。ただし、現在、控訴審に係属しており、上級審の判断が待たれる状態となっています。

## 第2 建築工事と相隣関係

### 1 境界紛争

隣接する土地の地番同士の境界（又は筆界。土地の各筆の境目）は公法上の土地の単位で、その境目がどこであるかは国によって定められる公的な性格のものであります。そこで、これに争いがある場合には、裁判所に対して判決により境界を確定することを求める手続き（境界確定訴訟といえます）がとられます。この手続きは、訴訟の形をとって裁判所が紛争を解決しますが、通常の訴訟と異なって、裁判所は当事者の主張に拘束されず判決をなしうる（弁論主義の排除）、たとえば境界線が不明であっても請求を棄却できない（証明責任の排除）、当事者が訴訟上の和解をすることができない（処分権主義の制限）といった特殊なものです。境界確定訴訟の確定判決は登記官を拘束し、判決に従って地積が更正されます。

### 2 通行権紛争

建築物の敷地は、原則として幅員4m以上の道路に2m以上接していなければならないこととなっており（建築基準法43条）、これを接道義務といいます。災害時の避難経路を確保しておくことや、消防車・救急車等の緊急車

両が接近する経路を確保することが目的です。

ここにいう「道路」はどのようなものであっても良いわけではなく、同法は公道を中心に一定のものに限っています。ただし、同法の集団規定が適用された時点で現に建築物が建ち並んでいる道は、幅員4m未満のものでも特定行政庁が指定すれば建築基準法上の道路とみなされることとなっています（同法42条2項。これを「二項道路」といいます）。ただし、将来の拡幅工事に備え、二項道路に面した建築物を新築・改築する際には、道路の中心線から2m後退した線を道路の境界線とみなすこととなっています（同条項。いわゆるセットバック）。私道でも指定を受けて二項道路となることができます。

私道が廃止されると、接道義務を満たさなくなる場合があります。私道の変更・廃止によってその道路に接する敷地が接道義務を満たさなくなる場合は、特定行政庁は私道の変更・廃止を制限できることとされています（同法45条）が、近隣住民が特定行政庁による私道指定の撤回・廃止の承認を争うには、その原告適格が問題となります。この点、裁判例は、接道義務違反となる建築物の所有者等には一般的に認めていますが、それ以外の周辺住民については、日常生活に著しい支障が生じるという特段の事情がある場合に限り認めています（京都地判平成11年11月24日、裁判所ホームページ）。

## 「建築訴訟」研究会(第3回)その2

平成22年10月26日(火)午後6時～  
於：大阪弁護士会館



弁護士

島村 美樹

2010年10月26日、大阪弁護士会館にて第3回「建築訴訟」研究会が開かれました。「第2部 建築訴訟の実務、第1章 総説」(裁判官が執筆担当)の部分を担当しました。建築紛争解決制度や建築訴訟の特質の概観が述べられていました。



建築紛争の背景について、〈建築業者や建物の販売業者は取引の対象である建物については十分に知識を持ち合わせているはずであるのに対し、相手方である施主または買い主は、知識を欠いていることが多いのであるから、この種の取引の専門家としては、相手方に対して契約内容について十分に説明し、両者の認識に齟齬がないようにしたうえで、共通の認識に基づき契約を締結することに努める必要がある。〉と述べられる一方、〈実際には、契約を締結するに際して書面が作成されていないことが多い。追加・変更工事に関しては、契約書が作成されているほうが珍しい。工事内容や代金額が定まっていない時点で着工する

ことも日常茶飯事であり、たびたび行われる追加・変更の指図により工事費が増大しても、これをどのように処理するのか明確な合意もないままに工事を行って完成・引き渡しに至り、事後に問題が顕在化することも少なくない。〉とも述べられています。このような紛争が生じた場合、施主または買主側は、業者側と比較し、圧倒的に知識が不十分であることを斟酌すべきと考えますが、実際の裁判ではどのような判断がなされているのでしょうか。これから読み進む範囲にそのあたりの記載も出てきているようですので、今後の勉強会が楽しみです。

また、専門家の関与について、〈専門委員は、あくまでも「専門的な知見に基づく説明を聴くため」に関与するのであり、訴訟の結論について意見を述べたり、判断を示す立場にはないことに注意しなければならない。他方、調停においては、合意による解決のために意見を述べて当事者を説得することは、その本来的な機能である。この2つの制度は、それぞれ長所と短所があり、事案の性質に応じてそれぞれの長所が発揮できるように使い分ける必要がある〉と述べられていましたが、實際上、各専門家委員が、専門委員としての立場と調停委員としての立場の違いをきちんと区別されているのかな…と疑問に思いました。裁判官は専門家の意見に左右されがちなので適切な運用が大事だと思いました。

# 「建築訴訟」研究会(第4回)その1

平成 23 年 1 月 14 日 (金) 午後 6 時～ 於：大阪弁護士会館 弁護士 向山 知

「建築訴訟」研究会の第 4 回で発表を担当しましたので、報告いたします。

第 4 回は同書の第 2 部「建築訴訟の実務」の第 2 章「建築紛争の諸類型と訴訟」について行われました。そのうち、私の担当は、第 1 節「建築生産のプロセス」でした。

同節は、建築物の生産・製造過程において建築主（施主）、建築士（設計者・監理者）、請負人（施工者）がどのように関与するか、どのように関与すべきかを解説する内容です。紛争原因の検証（同章第 2 節以下）の前提として、建築生産現場の実情を正しく理解しておくことが必要であるとされています。

ここでは同書の記載を詳しく報告することはできませんので、研究会当日の議論で明らかとなった、問題と思われる記載等を指摘するにとどめます。

- 1 229 頁の下から 4 行目に、「建築士が業として設計を行うには、建築事務所を定めて、都道府県知事の登録を受けなければならない（建築士 23 条）。」とあり、その後も繰り返し「建築事務所」が登場しますが、法文上の用語としては正しくは「建築士事務所」です。
- 2 230 頁「(3) 建築士の業務」では、建築士の業務として設計と工事監理だけが取り上げられていますが、建築士法 21 条で、これらのほかに①建築工事契約に関する事務、②建築工事の指導監督、③建築物に関する調査又は鑑定、及び④建築物の建築に関する法令又は条例の規定に基づく手続の代理、その他の業務を行うことができるとされている点に全く触れていません。  
また、監理者は施工者に対して設計図書どおりの工事の実施を求め、施工者が従わなければ建築主に報告しなければならないという建築士法 18 条 3 項の規定が紹介されているところ、そうであれば、これと対になる規定として建設業法 23 条の 2（建築業法の平成 18 年改正で追

加）を指摘すべきです。同条は、施工者は、監理者の求めに従わない理由があるときは、直ちに注文者に対して、所定の方法でその理由を報告しなければならないとする規定で、実務上非常に重要であると思われます。

- 3 232 頁 8 行目において、一括下請負の禁止を定める建設業法 22 条 1 項は「訓示規定」であるとの解説があります。訓示規定とは、「もっぱら裁判所又は行政庁に対する命令の性質をもち、それに違反してもその行為の効力に影響がないとされるもの」をいうとされます（有斐閣「新版新法律学辞典」より引用）。

確かに、一括下請負であっても、それだけで下請負契約自体が無効になるわけではないと解されます。

しかし、同条は建設業者に対して一括下請負という行為を禁止するものであることは明らかで、同条の違反に対しては指示、営業の停止（28 条 1 項 4 号、5 項）、許可の取消（29 条 1 項 6 号）といった監督処分が適用があります。

とすれば、私見ですが、建設業法 22 条 1 項を単なる「訓示規定」と解するのは誤りで、むしろ「取締規定」すなわち「行政上の目的により一定の法律行為又は事実行為を禁止し又はこれをするのに一定の条件を必要とすることを定める規定」（前同書より引用）であると解すべきです。「取締規定に違反すると通常制裁を受けるが、違反行為自体の法律的効力の有無は場合によって異なる。」とされています。

- 4 これらのほか、単純な誤字ですが、250 頁最下行の「一般想定」は「一般規定」、251 頁 3 項 4 行目の「指示地盤」は「支持地盤」がそれぞれ正しいと思われます。
- 5 以上、ダメ出しばかり書きましたが、読んで損のない本ですので、皆様もぜひご参考になさってください。

# 「建築訴訟」研究会(第4回)その2

平成23年1月14日(金)午後6時～  
於：大阪弁護士会館

弁護士 梶座 三千子

今回、「建築訴訟」(松本克美・齋藤孝・小久保孝雄編 民事法研究会発行)の第2部第2章第2節及び第3節を担当いたしましたので、その内容につき、以下のとおり報告いたします。

## 1 建築紛争の紛争類型と背景

建築生産のプロセスは、①建築計画段階、②設計段階、③施行段階、④監理段階に分けられます。

まず、①建築計画段階における紛争は、設計者の業務範囲をめぐる紛争と建築基準法違反の建築物をめぐる紛争に分けられます。紛争の背景には設計者の業務範囲の不明確性や法律の軽視があると考えられています。

②設計段階では、設計契約における紛争と契約の不履行をめぐる紛争、設計の出来高をめぐる紛争に分けられ、その背景としては、契約書の不備、設計業務についての認識不足、建築の専門性、コミュニケーション不足などがあげられます。

③施工段階においては、瑕疵をめぐる紛争、追加変更工事をめぐる紛争、出来高をめぐる紛争、工事遅滞をめぐる紛争に分けられます。背景には、瑕疵をめぐる紛争については、建築生産の特質や、生産現場の実情、行政的規制などがあり、この点は、建築生産特有の背景とも言えます。

④監理段階の紛争は、①建築計画段階の紛争と同様、監理業務の範囲が不明確であることや、監理業務への認識不足がその背景となっており、監理報酬の低さも問題となっています。

2 建築計画、設計及び監理をめぐる争点  
また、①建築計画、②設計、③監理といった各生産プロセスにおける主な争点としては、まず、①建築計画をめぐる争点としては、設計士の業務をめぐる争点、違反建築物をめぐる争点があげられます。

たとえば、設計士の業務としては、地盤調査義務が認められるか(肯定：大阪地判昭和53年11月2日判例時報934号81頁)、境界確定義務が認められるか(否定：東京地判昭和50年2月20日判例時報794号89頁)などが争われています。

②設計をめぐる争点としては、設計契約の成否や設計の出来高、設計に関する不履行責任などがあります。

設計に関する不履行責任が争点となる場合には、不履行の有無はもちろん、有無の基準、不履行による損害等、争点は複雑になります。

③監理をめぐる争点としては、監理業務の範囲や損害の範囲が争点となりますが、監理業務に関し、工事監理者に不法行為責任を認めた例もあります(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)。

こうした紛争の類型、背景及び争点をみると、専門性が高い分野であるにもかかわらず、書面の不備が目立ち、建築士と建築主の間のコミュニケーション不足が大きな原因となっているように感じました。

# 活動報告と今後の予定

## 《前号以降の活動》

平成22年

12月11日(土) 13:30~16:00 定例個別相談会(いきいきエイジングセンター)

12月17日(金) 18:00~ 事務局会議(片山・黒木・平泉法律事務所) 忘年会

平成23年

1月12日(水) 18:00~ 運営協議会(大阪弁護士会)

1月14日(金) 18:00~ 「建築訴訟」研究会(大阪弁護士会)

2月5日(土) 13:30~16:00 定例個別相談会(いきいきエイジングセンター)

2月8日(火) 18:00~ 幹事・事務局会議(大阪弁護士会)

2月15日(火) 18:00~ 新人歓迎会(大阪弁護士会)

2月21日(月) 19:00~ 事務局会議(片山・黒木・平泉法律事務所)

3月7日(月) 18:00~ 「建築訴訟」研究会(大阪弁護士会)

3月9日(水) 19:00~ 幹事・事務局会議(片山・黒木・平泉法律事務所)

3月26日(土) 関西ネット第14回総会

## 《今後の活動予定》

4月2日(土) 13:30~16:00 定例個別相談会(いきいきエイジングセンター)

4月21日(木) 19:00~ 事務局会議(片山・黒木・平泉法律事務所)

4月28日(木) 18:00~ 「建築訴訟」研究会(大阪弁護士会)

5月19日(木) 19:00~ 幹事・事務局会議(片山・黒木・平泉法律事務所)

5月28日~29日 第30回 全国ネット神戸大会

6月4日(土) 13:30~16:00 定例個別相談会(いきいきエイジングセンター)

6月17日(金) 19:00~ 事務局会議(片山・黒木・平泉法律事務所)

6月27日(月) 18:00~ 欠陥住宅110番事前研修会

7月2日(土) 欠陥住宅110番(予定)

7月9日(土) 個別相談会(予定)

7月25日(月) 19:00~ 幹事・事務局会議(片山・黒木・平泉法律事務所)

8月6日(土) 13:30~16:00 定例個別相談会(会場未定)

8月24日(水) 19:00~ 事務局会議(片山・黒木・平泉法律事務所)

9月21日(水) 19:00~ 幹事・事務局会議(片山・黒木・平泉法律事務所)

10月1日(土) 13:30~16:00 定例個別相談会(会場未定)

10月20日(木) 19:00~ 事務局会議(片山・黒木・平泉法律事務所)

11月18日(金) 19:00~ 幹事・事務局会議(片山・黒木・平泉法律事務所)

12月3日(土) 13:30~16:00 定例個別相談会(会場未定)

12月16日(金) 18:00~ 事務局会議(片山・黒木・平泉法律事務所) 忘年会

## 編集後記

今号を編集中、東北地方太平洋沖地震が発生しました。報道で惨状を目にしますと、自然の猛威と人命のはかなさ、不条理を強く感じます。被災された皆様方に心よりお見舞い申し上げますとともに、亡くなられた多くの方々へ哀悼の意を表します。また、当ネット・全国ネット会員の中には、調査等のため被災地へ赴かれる方もいらっしゃるかと存じます。くれぐれもお気を付けください。(写真は「太陽の橋」@北九州市)

〒530-0047 大阪市北区西天満 3-1-25-401

伊勢谷法律事務所 向山 知

TEL06-6365-7238 FAX06-6365-7239

