

判例研究

一 建築士が建築士法二条から二条の三まで及び建築基準法(平成一〇年法律第一〇〇号)による改正前のもの)五条の二の各規定等による規制の実効性を失わせる行為をした場合における建築物の購入者に対する不法行為責任の成否

二 建築確認申請書に自己が工事監理を行う旨の实体に沿わない記載をした一級建築士が建築主に工事監理者の変更の届出をさせる等の適切な措置を執らずに放置した行為が当該建築主から瑕疵ある建物を購入した者に対する不法行為責任となるとされた事例

最一小判平成一五年一月一四日(平成一二年(受)一七一
号・損害賠償請求事件)——上告受理決定・上告棄却
民集五七卷一〇号一五六一頁・判時一八四二号三八頁

大西 邦 弘

【事実の概要】

原審の認定にもとづく本判決による事案の概要は、以下の通

りである。

B 企画建設株式会社は、大阪市東成区内において建売住宅を建築・販売することを計画し、Aを代表者とするY建築設計有限会社に対し、建築予定の本件建物につき、建築確認申請に用いるための設計図書の作成を依頼するとともに、建築確認申請手続の代行を委託した。本件建物の建築工事は、建築基準法によれば、一級建築士または二級建築士の設計および工事監理の必要があった。

Aは、設計図書を作成しこれらを添付図書として本件建物の建築確認申請を行った。その際、A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、自らを工事監理者とする旨の選定届を作成し、これを建築確認申請書に添付した。

建築基準法施行規則上は建築主が工事着手前にすべきものとされている工事監理者の届出について、大阪市では、建築士による工事監理を義務付ける法的規制の実効性のあるものとするため、建築確認申請の段階において、建築確認申請書に記載すべきことを指導していた。

この指導に対処するため、BはAに対し、工事監理者は未定であるが、建築確認申請書にはAを工事監理者として記載しておいてほしい旨を請し、Aがこれに応じた。両者の間には工事監理契約は締結されておらず、将来締結されるかどうかも未定であった。建築主事は、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ことの確認をし、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、Bから一六万円余りを受取った。

しかし、その後もYとB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、A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。Aは、本件建物の建築工事の開始時までには工事監理の依頼がない場合には、Bがその従業員の中の有資格者を工事監理者とするなどして工事を実施するものと考えており、また、建築確認申請の際の届出と異なる者に工事監理をさせる場合には、工事着手前に建築主が変更の届出をすれば足りる取扱いであったことから、建築の確認がされて以降、本件建物の建築工事に関し、Bに上記の変更の届出をさせるなどの措置を何ら執ることなく放置した。

Bは、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用いた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、本件建築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、Bから本件建物をその敷地と共に購入し、代金四四二〇万円を支払った。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。

Xらは、Bに対し本件建物に瑕疵があるとして売買契約を解除する旨の意思表示をした。

Xらは、Yに対し、Aは建築士法第一八条一項に基づき建築士としてその業務を誠実に遂行すべ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を求めた。

Yは、Bとの間では本件建物の建築工事についての工事監理契約を締結していないのであり、本件建物に係る建築確認申請書にAを工事監理者とする旨の記載をしたからといって、これにより上告人が被告上告人らに対して賠償責任を負うものとはいえないなどと主張した。

第一審判決（大阪地判平成一二年六月三〇日民集五七巻一〇号一五七八頁）は、建築確認申請書および工事監理者選定届の記載のみからAが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ことは困難であるとして、XらのYに対する請求を棄却した。

原審（大阪高判平成一二年八月三〇日判タ一〇四七号二二二頁）は、Aは自らが工事監理者となることを表明して建築確認申請の代

行をし、建築確認を得させた一級建築士として、Bが実質上工事監理者がいないような状態で工事をし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一八条一項の誠実義務に違反することとなる、この配慮義務は、建売用建物の購入者に対しても負担するとして、Aの義務違反を肯定し、Aを代表者とするYの不法行為責任を認めた。そして、同義務違反と相当因果関係があるXらの損害の範囲は、本件ほどの著しい手抜工事が行われるの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まではいい難いこと、AがBにおいて正当に工事監理者の変更の手續をして工事をしていであろうと考えたとしてもある程度やむを得ないことなどを根拠として、被った損害の一割の限度でXらの請求を認容した。

Yからの上告受理申立て。その理由は、第一に、建築士法一八条一項の誠実義務は依頼者に対する義務を定めた精神的な規定であつて、ただちに私法上の義務となるものではないから、工事監理契約の締結されていない本件において建築士の業務上の義務が発生する余地はないこと、第二に、仮にこれが私法上の義務を定めたものであるとしても、工事監理契約さえ締結されていない場合に将来の買主に対する関係での配慮義務まで課することはできないこと、第三に、本件においては建築主と施工者が同一の場合であるから、建築士法一八条四項所定の報告義務の履行は無意味であり、建築士として不適合施工を回避す

る手段が与えられていないため、原審のいう配慮義務は建築士に不可能を強いるものであるというものである。

【判旨】上告受理決定・上告棄却。

建築士法三条から三条の三(罰則…三五条三号)、建築基準法五条の二(罰則…九九条一項一号)、および建築士法一八条の各規定の趣旨は「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より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つて、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な目的の一つとするものである。

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…括弧内引用者)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」。

本件においては、Yの代表者であつて、一級建築士であるAは「建築確認申請書にAが本件建築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、A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ければならないようにするため、本件建築物の建築工事が着手されるまでに、Bに工事監理者の変更の届出をさせる等の適切な措置を執るべき法的義務があるものというべきである。ところが、Aは……、何らの適切な措置も執らずに放置し、これにより、B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、A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、Bから重大な瑕疵のある本件建築物を購入したXらは、Aの上記違法行為により損害を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」。

【分析】 一 緒 論

本判決は、建築士が建築士法三条から三条の三まで及び建築基準法(平成二〇年法律第一〇〇号による改正前のも)五条の二の各規定等による規制の実効性を失わせる行為をした場合における建築物の購入者に対する不法行為責任の成否につき、これを肯定し、建築確認申請書に自己が工事監理を行う旨の実体に沿わない記載をした一級建築士が建築主に工事監理者の変更の届出をさせる等の適切な措置を執らずに放置した行為が当該建築主から瑕疵ある建物を購入した者に対する不法行為となるものがある。本判決は高く評価されるべきものではあるが、その意義の理解については、建築士の責任に関するものであることから「専門家責任」の観点のみにとらわれることなく、多面的な検討が必要となる。

本判決がXの損害をYに帰した根拠については、従来の議論状況との関係では、①不作為の不法行為、②取締法規違反による不法行為の成立、③専門家責任の三つからアプローチすることが可能である(なお、本判決ではYの代表者Aにつき問題となされているが、法人の代表者の不法行為責任「民四四条」、あるいは使用者責任「民七一五条」については争点となっていない)。

二 不作為の不法行為

まず、本判決を不作為による不法行為を認めたと位置付けることが考えられる。不作為による不法行為が成立するためには作為義務が前提となるが(四宮和夫『不法行為』「青林書院、一九八五年」二九二頁)、作為義務の根拠としては、①法令、②契約、③慣習ないし条理が掲げられている(四宮・前掲二九二頁)。

①法令の内容としては、親権者の監護義務(民八二〇条)、扶養義務(民八七七条)、事務管理者の管理義務(民六九七条、七〇〇条)、破産管財人の債権取立義務(四宮・前掲二九三頁は破産法一六条を掲げているが、同箇所引用されている東京高判昭和三九年一月二三日下民集一五卷三九頁に照らした場合、破産法一六四条「破産管財人の注意義務」を掲げるべきものであったと思われる)、交通事故の場合の運転者等の被害者救護義務(道交法七二条一項)が挙げられている(四宮・前掲二九三頁)。

本判決との関係では、Yが建築工事が着工されるまでに工事監理者の変更の届出をしなかつた点に着目し、③の先行行為に基づく「条理」上の作為義務違反と位置付ける処理の可能性も示唆されている(宮坂・後掲一二三頁)。不作為による不法行為によるのであれば、先行行為による条理上の作為義務の内容として、建築士法・建築基準法による法的枠組みを「私法秩序の一部をなすものとして法による強制を要請される慣習もしくは条

理」(東京地判昭和四八年八月二九日判時七一七号三七頁)として捉えようとしたものと評価することができる。もつとも、建築士法・建築基準法の法的枠組みによる作為義務を措定するにあたっては、①の法令に位置付けられなかった理由を明らかにする必要がある。ともあれ、従来違法性の問題として扱われることが一般とされた不作為の不法行為が(吉村良一『不法行為法』「有斐閣、第二版、二〇〇〇年」五七頁)、法律違反との関係で問題とされたことは、示唆的ともいえる。

法令違反については、(やや過去のものとなっている感が否めない)が従来、取締法規違反の不法行為について議論がなされてきた。

三 取締法規違反による不法行為の成立

本判決は、建築基準法・建築士法が絡むことから、取締法規違反の不法行為として処理する方向が、次に考えられる(このような処理に触れるものとして、高橋弘「本件原審判批」リマックス二五号「二〇〇二年」五七頁)。取締法規とは、行政上の目的から、一定の行為を禁止したり、行為する場合にはどのようなようにすべきかを定める法律とされているが(前田達明『不法行為法』「青林書院新社、一九八〇年」四八頁)、取締法規に違反することで、一方では、「取締法規が一見して不合理な要求をしていなければ、その違反には過失があると推定されるといってよいであろう」とされ(加藤一郎編『注釈民法(19)』「有斐閣、一九六五年」以下「注

積民法(19)」という(二六頁「加藤二郎」、他方では、「一般公衆などの利益を保護するために設けられた取締法規に違反して、その利益を侵害した場合には、違法性があり、不法行為が成立される」との説明がなされてきた(『注釈民法(19)』三四頁「加藤一郎」)。しかし近時では、取締法規に違反することは、過失一元論を前提とする場合には、不法行為責任の上で持ち出す特別な意味はないとする見解があらわれている(平野裕之「取締法規違反(保護法規違反)の不法行為」山田卓生編集代表藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座2権利侵害と被害利益』「日本評論社、一九九八年」七八頁。ただ、平井宜雄「債権各論II不法行為」『弘文堂、一九九二年』三二頁では、判例理論につき道路交通法に違反することで不法行為が成立すると説明しており、平井教授自身が取締法規違反を不法行為法のシステム全体の中でどのように位置づけているのかは、必ずしも明らかではない)。

建築基準法あるいは建築士法が「単なる取締法規」ではなく不法行為法上の義務となるかどうかについては、「建築士法一八条は建築士の業務執行についての倫理規定にすぎない」ものではなく「いわゆる手技工事の防止のため建築士に課せられた業務責任と解すべきであ」って、この「業務責任」違背の結果損害が発生した場合には賠償責任が発生するとする裁判例がある(名古屋地判昭和四八年一〇月三三日判タ三〇二号一八三頁)。

原審では、建築士法一八条違反を問題とすることで、取締法規違反の不法行為に親和的な説示が垣間見られる一方で、本判

決では、建築基準法・建築士法の法的枠組みを詳細に検討した上で義務を指定しており、建築基準法・建築士法の性質(保護法規か否かなど)については特段論じてはいない。また、本判決理由中では建築士法一八条を詳細に引用しているにもかかわらず、判示事項には建築士法一八条に関する部分が抜け落ちている。これは、建築士法三条から三条の三、建築基準法五条の二には罰則があるが、建築士法一八条には罰則がないことも影響しているのであろうか。そうすると、本判決には刑罰法規違反のフアクターが介入していることになる。本判決が建築士法・建築基準法をどのように扱っているかについては後に検討するが、最高裁判所民事判例集において建築士法・建築基準法が詳細に引用されていることから、いずれにせよ建築士法・建築基準法が重視されていると理解することができよう。

また、いわゆる「専門家責任」とも関係する議論であるが、「業法と不法行為責任」について、専門家に対する依頼が成立する前であっても「業法」を根拠に不法行為責任が生じうることが指摘されている(円谷峻「専門家の不法行為責任」川井健二編『新・裁判実務大系8専門家責任訴訟法』「青林書院、二〇〇四年」三〇頁。大阪地判昭和六〇年三月七日判時一一六六号一二七頁では「司法書士として通常払うべき義務」が認められている)。

それでは、専門家としての建築士の責任と不法行為責任はどのように判断がなされてきたのであろうか。

四 専門家としての建築士と不法行為に 関する法状況

1 序——専門家責任の意義

第三に、本判決では、「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」があることを考慮にいれて判断がなされていることから、建築士に専門家としての高度な注意義務を設定し、これに違反することをもって帰責根拠としたと理解することが考えられる。

専門家責任とは「その資格を信頼して一定の業務を依頼した相手方が受けた損害およびその資格に基づく行為を信頼した第三者が受けた損害に対して専門家が負うべき責任」であつて(川井健「専門家責任の意義と課題」川井健・塩崎勤「新・裁判実務体系8 専門家責任訴訟」[青林書院、二〇〇四年]三頁。専門家責任の「(法理論面での)独自性」については、鎌田薫「専門家責任の基本構造」山田卓生・加藤雅信編『新・現代損害賠償法講座3 製造物責任・専門家責任』[日本評論社、一九九七年]三〇七頁参照)、「専門家」に特別な法的意味を付与することについては有力な疑問が提示されているもの(河上正二「専門家の責任」と契約理論」法時六七巻二号「一九九五年」一一頁)、いずれにせよ専門家責任についてはこれまで大きなフォーラムが設定されてきたことには間違いない(専門家責任研究会編「別冊NBL二八号」『専門家の民事責任』

〔商事法務研究会、一九九四年〕参照)。

建築士の責任につき専門家責任の観点から検討するものでは、「建築士法一八条三項……に反した場合には注意義務違反になる」とした上で、「建築士については、専門家であるかどうかということを議論するよりも、むしろ普通の人が持っている技術・能力をもって他人の財産に介入をする者の責任という一般的な座標軸を設けて、その座標軸のうえで建築士と弁護士や医師とはどう違うのかという形で議論をしていくのがよい」と指摘されている(浦川道太郎ほか「座談会」『専門家の責任』法理の課題」法時六七巻二号「一九九五年」四三頁「森島発言」。そのほか専門家としての建築士の責任に関するものとして、高橋寿一「建築士の責任」川井健・塩崎勤「新・裁判実務体系8 専門家責任訴訟」[青林書院、二〇〇四年]一三九頁参照)。

2 建築士の名義貸しに関する裁判例

建築士が、工事監理契約を締結していないにもかかわらず工事監理届けに名義を貸した場合の責任については、あまり議論されず判例も少ないことが指摘されているが(高橋・前掲五七頁)、公判裁判例集に掲載されているものとしては、以下のものを参照することができた(未公刊のものを含む詳細な紹介・分析については、松本克美・後掲一五二三頁以下参照)。

【1】大阪地判昭和六二年二月一八日判時一三二三号六八頁では、「被告……は、一級建築士として、設計図書を作成するに

当つ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させなければならぬ(建築士法二条五項、一八条二項)と云ふ…: 建築物の基礎構造を設計するに際し敷地の地盤調査を怠り誤つた地耐力を設定して…: 基礎構造の不等沈下を生じさせたのである。従つて、被告…: は少なくとも過失により原告らの財産権を侵害したことになるから民法七〇九条に基づき…: 設計上の瑕疵により原告らが被つた損害を賠償する責任がある」としている。

【2】大阪地判平成一〇年七月二九日金判一〇五二号四〇頁では、二級建築士の責任につき、六〇〇〇万円余りの損害賠償請求を認容している。すなわち、「建築基準法五条の二及び建築士法三条の三第一項は、延べ面積が一〇〇平方メートルを超える木造建築物を建築する場合、必ず一級又は二級建築士でなければ設計及び工事監理をしてはならず、これらに違反した工事をしてはならない旨規定している…: これは、延べ面積が一〇〇平方メートルを超える新築木造建築物の安全性を確保するために設けられた強行規定であるから、一級又は二級建築士は、建築物の設計及び工事管理をする意思もないのに設計者・工事管理者として届け出ることには許されないのであつて、右建築物の設計者・工事監理者として届け出た以上は、その業務を誠実に遂行すべき義務を負つていふべきである(建築士法一八条一項参照)」とされている。

【3】大阪地判平成一二年九月二七日判タ一〇五三号一三七

頁では、建築士法は行政法上の取締法規に過ぎないとして、建築士の不法行為責任を否定している。

建築士の名義貸しに関する前掲の損害賠償請求事案では、責任を肯定した【1】と【2】判決では建築士法一八条を媒介としてい一方、責任を否定した【3】判決では、第一八条を含めた建築士法は単なる取締法規にすぎないとしており、この点の評価がポイントとなることが分かる。また、二〇〇〇年の住宅品質確保促進法の施行等、近時欠陥住宅に対する社会の問題関心が高まっているといえるが(宮坂・後掲一三三頁は日経アーキテクチュア六八一号の特集を掲げている)、昭和六二年の【1】判決と平成一〇年の【2】判決では請求が認容されたのに対して(しかも【2】判決では認容額が六〇〇万円にもおよび)、平成一二年の【3】判決では請求棄却となっており、建築士の名義貸しに関する法的评价は、本判決によつて新たな規範が示されたということができよう。

このほか、調査官解説で引用されている【4】最一小判昭和三六年五月二六日民集一五巻五号一四四〇頁・判時二六一号二頁では、地面師を他の業者や顧客に対し所有者として紹介した宅建業者の責任について、上告理由での宅建業法一三条違反の主張には触れずに「不動産仲介業者は、直接の委託関係はなくても、これら業者の介入に信頼して取引をなすに至つた第三者一般に対しても、信義誠実を旨とし、権利者の真偽につき格別に注意する等の業務上の一般的注意義務がある」とした原審

を是認している。

前掲【1】【2】判決が委託関係のない第三者／プロフェッショナルの関係の規律について法律を媒介としているのに対し、【4】判決では法律を媒介とすることなく注意義務を認めており、射程の確定の観点からも、本判決が建築基準法・建築士法をどのように理解しているかが重要となる。

3 建築士の名義貸しに関する学説の議論

工事監理契約を締結することなしに、建築確認申請の段階で監理者の選任届出に虚偽の記載をすることについて、学説では建築確認の騙取に等しい違法行為であると評されている(松本克美「欠陥住宅と建築士の責任——建築確認申請に名義貸しをした場合」立命二七二号「二〇〇一年」一五三八頁。このほかこの問題について論じるものとして、花立文字「建築家の名義貸しと建築物の瑕疵責任との関係」志林九九巻一号「二〇〇一年」一一五頁がある)。

この見解によれば、建築基準法と建築士法との関係について「そもそも建築基準法は……工事監理が不可欠であるという法システムを打ち立てて」おり、設計図どおりの建設を「チェックするための体制が工事監理であり、それを行う専門家が建築士法によって資格を定められた『建築士』である」としている(松本克美・前掲一五二二頁)。ここでは、建築士を建築基準法が打ち立てた「法システム」の一部として捉えているが、より大きな「欠陥住宅を防止するための法システム」を想定した上で、

この部分集合として建築基準法・建築士法を捉えるスキームとするいき方もあり得るであろう(本判決がどちらの「法システム」を採用したかについては後に検討する)。

また、この見解は先に検討した不法行為法での取締法規論が建築士の名義貸しの責任を否定するロジックとして用いられていることを指摘した上で(松本克美・前掲一五二七頁)、「適正な工事の監理をなすべき義務、その前提として建築確認申請書に工事監理をなすべき建築士名を掲載すべき義務は、単なる行政上の取締規定として性格にとどまらず……単に建築主との関係においてではなく、欠陥のある建造物が社会に生み出されないことへの社会的利益にかかわる義務」として位置づけている(松本克美・前掲一五三五頁)。ただ、「社会的利益」を保護目的とする法規に違反した場合、第三者にどのような責任を負うかについては、従来不法行為責任との関係で必ずしも十分に議論がなされてきたわけではない。

五 検討——「専門家責任」判決?

1 ここまでのまとめ

本稿では、本判決がXの損害をYに帰責した根拠について、①不作為の不法行為、②取締法規違反による不法行為の成立、③専門家責任の三つからアプローチしてきた。以下では、以上を踏まえた上で、本判決について検討を加えたい。

まず、取締法規違反による不法行為については、原審が建築士法一八条違反を問題としたのに対し、本判決では建築士法・建築基準法の性質（保護法規か否か）などに直接コミットしていない点で、従来の取締法規論とは一線を画している。また、条理による作為義務を設定することで不作為の不法行為を認めるいき方もあり得たところ、本判決では、「規制の実効性」を理由として、建築士に義務を措定したと解説されている（宮坂・後掲 一三三頁）。

これらから、本判決によって「建築士の責任は、弁護士その他の専門家と同様の典型的専門家責任として位置づけられたことになる」と評価する見解も現れている（鎌田・後掲「本件判批」八八頁）。ただ、それだけにとどまらない可能性も有している。

2 「専門家責任」判決？

本判決が不作為による不法行為の構成ではなく採用したとされる法律構成での規制の実効性にいう「規制」とは（宮坂・後掲 一三三頁）、建築士法と建築基準法双方の規定を含むと解することが素直であるが、ではこれら法律の関係はどのようなものであるか。一つは、建築士法を、建築基準法をエンフォースするための補完法・姉妹法とすることで、建築士を建築基準法を実施するための機関と位置付ける読み方である（石村善助「資格法の法的構造」法時五六巻三号「一九八四年」六七頁、高橋・前掲五七頁、石村・前掲六七頁によれば、建築士法のこのような性格のために、

建築士法は専門職法あるいは職能法 [professional law] とは程遠い内容のもので、「建築士」の名称独占と資格取得の手續きを中心とした「資格法」にとどまっていることが指摘されている。これは、本判決を専門家責任の事案と理解する立場に親和的である。もう一つは、建築士法、建築基準法ともに同一の序列の「法律」であって「規制の実効性」の要請は異なるものではないと読む立場である。これによれば、建築士法を建築基準法の要請のためだけのものではなく、建築基準法・建築士法は、より大きな「欠陥住宅防止のための法システム」を構成するものと理解することができる。本判決では、建築基準法を「法」と略称し、建築士法を「建築士法」とすることで、建築士法をもって建築基準法の補完法・姉妹法とする思考を垣間見ることができるとは、これは形式的なものであつて決定的ではない。

ここで注意を促したい点は、本件建築確認申請への工事監理者の選定届けの添付は、大阪市の「指導」によるものであった点である（建築基準法施行規則上は工事着工前までよい）。つまり、建築確認申請の段階で適法な工事監理者の選定を届け出ることが法的な義務ではない。大阪市がこのような指導をした趣旨は、本判決によれば、「建築士による工事監理を義務付ける法的規制を実効性のあるものとするため」である。本件で問題とされたのは、建築士として虚偽の工事監理届けを提出したことではなく、工事監理者の選定届けを訂正しないことによつて、建築士法・建築基準法による法的スキームを損なう行為である。逆に

いうと、本判決は、高度な注意義務（あるいは忠実義務）を負う専門家としての建築士の職務としてなされた行為に帰責されたのではなく、専門家としての義務ではない行為によって惹起された建築基準法・建築士法の趣旨に反する行為に対し法的サンクションが課されたのである（判示事項から建築士の業務執行について規定する建築士法一八条が抜け落ちていゝことも例証とならう）。すなわち、本判決が措定した義務は、建築士法を建築基準法の補完法とした上で建築士に専門家としての高度な義務を課したのではなく、（建築基準法・建築士法より上位の）「安全性等が確保された建築物を提供する」ための法システム——本判決ではこれをもって「規制」と称していると解することができる——の実効性のために課されたことになる。もともと、Yが建築士という建築士法・建築基準法による制度をより強く遵守すべき立場にあるとの見解を前提とした上で（私は建築士と一般私人で建築士法・建築基準法を遵守する要請は異ならないと解する）、専門家としての建築士が関与するという程度の意味で「専門家責任判決」とすることも可能ではある（本判決が用いている「専門家」はこの程度の意味に過ぎないと理解すべきと思料する）。しかしながら本判決の中心は、建築士法による工事監理を要求する建築士法・建築基準法の法的枠組みを有効なものとするため、民法七〇九条を媒介として、裁判所によって「規制の実効性」を促進するための義務が課されたことにあると理解すべきであると思われる（制定法による義務と損害賠償責任については、拙稿「損害賠償法

における制定法義務違反の意義・機能（一）（二・完）」民商一二七巻二号「二〇〇二年」二二二頁、三号三九四頁参照。

六 今後の課題

本判決では、以上のように、裁判所によって民法七〇九条を通して規制の実効性を促進するための義務が認められたものと理解すべきであるが、なお、以下のような問題が残されている。

第一に、原審では損害賠償の範囲として全損害の一割が認容されているが（逆にいえば九割「減額」）、類似の裁判例に照らして不均衡であることが指摘されており（損害賠償の範囲につき、高橋・前掲五八頁では詳細にこれまでの裁判例を検討している）、このことの妥当性が問題となる（鎌田・後掲「本件判批」八八頁）。

第二に、本判決による規範が不法行為法のどの要件にどのよう作用するのかが問題とされる必要がある。「規制の実効性」を根拠に義務が措定されていることから、法規に違反するといふ趣旨での違法性概念が息を吹き返すか、過失一元論を採用した場合には、規制の実効性をどのように過失判断に組み込むか（ハンドの公式で掲げられているのは、①過失ありと主張されている行為から生じる結果「損害」発生の蓋然性「危険」、②右行為によって侵害されるであろう利益「被侵害利益」の重大さ、③右①および②の因子と行為義務を課すことによって犠牲にされる利益との比較衡量「平

井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、一九九二年）三〇頁である、あるいは過失と違法性の二元論を採用した場合にどのように割り振るのが問題となる。

【本判決の評釈等】

本文中に掲げたもののほか――

―宮坂昌利「本件判解」ジュリ一二六四号（二〇〇四年）一二二頁

―鎌田薫「本件判批」平成一五年度重判八七頁がある。

〈付記〉本研究は、二〇〇四年七月の神戸大学民法判例研究会での報告にもとづくものである。研究会の席上では諸先生方より多くのご教示を賜った。ここに記して御礼としたい。