

2017(平成29)年 第11号

専門実務研究

- 情報公開の差し止め 一逆 FOIA の実情一
森田 明 / 中野 智昭 / 山辺 直義 / 福田 英訓 / 井筒 聡美 (情報問題対策委員会有志)
- 宅地建物取引業法の諸問題 (その1)
立川 正雄 / 及川 健一郎 / 篠田 貴和 / 野竹 秀一 / 高梨 翔太 (不動産法研究会)
- 虐待が疑われる乳幼児頭部外傷について、法的観点からの考察 中野 智昭
- 独占禁止法審査手続に関する指針について 島津 圭吾 (独占禁止法研究会)
- 「忘れられる権利」と近時の裁判例の動向 内山 浩人 (インターネット法律研究会)
- 職務発明と労働法規制についての一考察 岡田 健太郎 (知的財産法研究会)
- 神奈川の林地・緑地保全と開発
幸 裕子 / 小倉 孝之 / 大森 望 / 畑中 隆爾 / 新倉 武 / 宮澤 廣幸 /
大島 正寿 / 鈴木 洋平 (環境法実務研究会)
- 交通事故損害賠償における介護保険給付をめぐる諸問題について
～将来介護費用の公平な分担を中心に～ 常磐 重雄 (交通事故損害賠償研究会)
- マンションの敷地に関する2つの事例 濱田 卓 (マンション法研究会)
- 高齢者登山における健康状態把握義務と申出責任についての一考
..... 山本 紘太郎 (スポーツ法研究会)

神奈川県弁護士会

巻 頭 言

「専門実務研究」第11号が発刊されました。

本誌は、2005年（平成17年）3月15日に横浜弁護士会専門実務研究会が発足し、2007年（平成19年）3月31日に記念すべき第1号が発刊されて以来、毎年発刊されてきた当会会員による論文集であり、昨年2016年（平成28年）4月1日に横浜弁護士会から神奈川県弁護士会に会名変更されてからは、本号が初めての発刊になります。

近年、弁護士実務における専門化のニーズは県民の間で一層の高まりをみせており、そのような県民の期待に十分に答えるべく、個々の弁護士は、各会員の努力による自己研鑽が求められています。本論文集は、そのような弁護士を取り巻く社会情勢に合致する専門誌であり、個々の弁護士の実務活動から得られた問題を題材とした貴重な研究成果として、正に会の財産とも言うべきものに他なりません。

本号では、8つの研究会、1つの委員会有志、個人会員1名から合計10本の論文が掲載されています。本誌が、今後も多くの会員の目に触れ、会員の実務の参考になることを期待しています。

最後に、これからも本誌を通じて会員間の専門実務研究がより発展していくことを祈念するとともに、本誌掲載の論文執筆者を始め、本誌の編集にあたられた編集兼連絡委員の皆さまに深く敬意を表し、私からの巻頭の言葉とさせていただきます。

神奈川県弁護士会

平成28年度会長 三 浦 修

目 次

- 情報公開の差し止め—逆 FOIA の実情—
森田 明／中野 智昭／山辺 直義／福田 英訓／井筒 聡美
(情報問題対策委員会有志)5
- 宅地建物取引業法の諸問題 (その1)
立川 正雄／及川 健一郎／篠田 貴和／野竹 秀一／高梨翔太 (不動産法研究会)
.....21
- 虐待が疑われる乳幼児頭部外傷について、法的観点からの考察
中野 智昭53
- 独占禁止法審査手続に関する指針について
島津 圭吾 (独占禁止法研究会)73
- 「忘れられる権利」と近時の裁判例の動向
内山 浩人 (インターネット法律研究会)85
- 職務発明と労働法規制についての一考察
岡田 健太郎 (知的財産法研究会)91
- 神奈川の林地・緑地保全と開発
幸 裕子／小倉 孝之／大森 望／畑中 隆爾／新倉 武／宮澤 廣幸／
大島 正寿／鈴木 洋平 (環境法実務研究会)99
- 交通事故損害賠償における介護保険給付をめぐる諸問題について
～将来介護費用の公平な分担を中心に～
常磐 重雄 (交通事故損害賠償研究会)121
- マンションの敷地に関する2つの事例
濱田 卓 (マンション法研究会)131
- 高齢者登山における健康状態把握義務と申出責任についての一考
山本 紘太郎 (スポーツ法研究会)137

CONTENTS

- Reverse-FOIA Cases in Japan
(Akira Morita, Tomoaki Nakano, Naoyoshi Yamabe, Hidenori Fukuda, Satomi Izutsu)
.....5

- Various problems of Building Lots and Buildings Transaction Business Law
part 1
(Masao Tachikawa, Kenichiro Oikawa, Takayasu Shinoda, Shuichi Notake,
Shota Takanashi)21

- Consideration from the legal angle about the infant Abusive Head Trauma
(Tomoaki Nakano)53

- A Guideline on Administrative Investigation Procedures
(Keigo Shimazu)73

- The "Right to be Forgotten": Recent Court Cases.
(Hiroto Uchiyama)85

- A study of employee invention and regulations of labor law
(Kentaro Okada)91

- Conservation and development of forestland and green area in Kanagawa
(Yuko Saiwai, Takayuki Ogura, Nozomu Oomori, Ryuji Hatanaka, Takeshi Niikura,
Hiroyuki Miyazawa, Masatoshi Ooshima, Yohei Suzuki)99

- Problems concerning long-term care insurance benefits in compensation
for traffic accident reparations ~ Fair share of future long-term care costs ~
(Shigeo Tokiwa)121

- Two cases about grounds of a building
(Suguru Hamada)131

- Consideration about the duty to grasping a health condition and the responsibility
to reporting thereof concerning mountain climbing by the elderly people
(Kotaro Yamamoto)137

凡例

民録	大審院民事判決録
民集	大審院および最高裁判所民事判例集
刑集	大審院および最高裁判所刑事判例集
裁判集(民)	最高裁判所裁判集(民事)
裁判集(刑)	最高裁判所裁判集(刑事)
高民集	高等裁判所民事判例集
高刑集	高等裁判所刑事判例集
東高時報	東京高等裁判所判決時報
下民集	下級裁判所民事裁判例集
下刑集	下級裁判所刑事裁判例集
行裁例集	行政事件裁判例集
判時	判例時報
判タ	判例タイムズ
ジュリ	ジュリスト
金法	旬刊金融法務事情
法セミ	法学セミナー
手研	手形研究
金商	金融・商事判例
商事	旬刊商事法務
民商	民商法雑誌
自保	自保ジャーナル
交民	交通事故民事裁判例集
労判	労働判例
高刑特	高等裁判所刑事裁判特報
高刑速	高等裁判所刑事裁判速報集
家月	家庭裁判月報

情報公開の差し止め—逆 FOIA の実情—

(Reverse-FOIA Cases in Japan)

森田 明 中野 智昭 山辺 直義 福田 英訓 井筒 聡美

第1 はじめに

平成 27 年 3 月、沖縄県の開示決定に対して国がその執行停止を申し立て、開示決定の取消を求める訴訟を提起したことが注目を集めた（後記第 3②訴訟の件）。

行政機関の保有する情報の公開に関する法律（以下「情報公開法」又は「法」という。）¹及び各地方公共団体の情報公開条例は、開示原則と共に、一定の範囲で開示の例外規定を設けている。開示決定により不利益をこうむる者は、一定の条件のもとで開示決定の取消を求めることができる。

米国においては、行政機関等が行った情報公開決定に対し、第三者（情報提供者）が情報を非公開とするように争う訴訟も多数起きているといわれ²、こうした訴訟は「逆 FOIA」訴訟と呼ばれる。

日本においてもこの種の紛争は散発的に発生していることから、関連する法の規定を整理し、過去の実例を広く集約することを目指して今年度の研究テーマとした。

本稿では、「第 2」において、「総論」として情報公開の各過程と、情報の主体がそれを争う場合の手続きについて触れ、「第 3」において国と地方公共団体の間の訴訟事例を、「第 4」において私人（実際には事業者）から開示決定が争われた訴訟及び執行停止事案を、「第 5」においては、事業者からの開示決定に対する不服申し立てについての国の情報公開・個人情報保護審査会（以下「審査会」という。）の答申を、それぞれ紹介し、「第 6」においてそれらをまとめ、若干の問題提起をすることとした。

なお、本稿は、平成 28 年 6 月から同年 10 月

にかけて神奈川県弁護士会情報問題対策委員会で行った報告をもとにしたものである。

森田明が「第 1」及び「第 6」、中野智昭が「第 2」、山辺直義が「第 3」、福田英訓が「第 4」、井筒聡美が「第 5」をそれぞれ執筆し、森田明が全体を監修した。

第2 総論

ここでは情報公開法の規定に基づき説明する。情報公開条例においても同様の規定が置かれているところが多いが、まれに例外的なものもあるので注意を要する（後記 6 に述べる）。

1 意見聴取

法 13 条は、情報公開を行う際、その「行政文書に国、独立行政法人等、地方公共団体、地方独立行政法人および開示請求者以外の者」
「に関する情報が記録されているときは」、行政機関の長は当該情報に係る第三者に対し、開示請求に係る行政文書の表示その他政令で定める事項を通知して、意見書を提出する機会を与えることができる」としている。

さらに、開示しようとする情報が、法 5 条 1 号ロ又は同条 2 号ただし書（人の生命、健康、生活又は財産を保護するため、公にすることが必要であると認められる情報）に該当し、本来不開示情報に当たるにもかかわらず例外的に開示するときと、7 条の規定により開示するときには、意見書を提出する機会を与え「なければならない」とされる。

なお、条文上、意見聴取の対象から、国、独立行政法人等、地方公共団体、地方独立行政法人は除外されているが、任意的意見聴取（13 条 1 項）は任意調査としての行政調査であり、明

文の規定が無くても可能であることから、国等の保有する情報の場合にも、事前に調査を行うこともできるし、そうした運用が望ましいとされる³。

2 争訟の機会の保障

そして、法13条1項・2項により意見書の提出の機会を与えられ、反対の意思を表示した意見書を提出した場合に開示決定をするときは、「開示決定の日と開示を実施する日の間に少なくとも2週間を置かなければならない」とし、行政機関の長は、決定後ただちに反対意見書を提出した第三者に「開示決定をした旨」「その理由」「開示を実施する日」を伝えなければならぬとされる（法13条3項）⁴。

これは、開示決定をして直ちに開示を実施してしまえば、当該第三者は開示の実施前に開示を差し止めるべく開示決定の取り消しを求めることが不可能になるためである。開示を差し止める側は、2週間の間に、後述する行政不服審査法に基づく不服申し立てや、行政事件訴訟法に基づく抗告訴訟を提起する必要があるとともに、執行停止の申し立てをする必要がある⁵。

3 不服申し立ての方法

行政事件訴訟法8条は、法律において審査前置主義を定めている場合を除いて、ただちに抗告訴訟（取消訴訟）を提起することができる。そして、情報公開法18条は、審査前置としてはいないため、開示決定を争おうとする者は、行政不服審査法上の不服申し立てをすることなく、直ちに抗告訴訟の申し立てをすることもできる。

それらの場合に重要なのは、行政不服審査法⁶（25条1項）も、行政事件訴訟法（25条1項）も、いずれも執行停止原則を採用していないため、速やかに執行停止の決定を得る必要があることである。

行政不服審査法上の不服申し立てがされた場合、情報公開・個人情報保護審査会に諮問される（法19条1項）。審査会は裁判所とは異なり、①実際に開示請求された行政文書を見分すること（いわゆるインカメラ審査）も可能であること（情報公開・個人情報保護審査会設置法9条

1項）や、②「必要な調査」を行うことができること（同法9条4項）が特徴と言える。他方で、③意見陳述（同法10条）が実施される例は近年は極めて少なく、主張立証が尽くされないこともありうること、④審査会の答申により不開示の結論を得てそれに基づく決定がされても、開示請求者側から改めて不服申し立てや抗告訴訟で争われるおそれがあるため、最終解決までに時間を要する可能性があること等の事情を考量して、いずれの手続きにすべきかを決することとなる⁷。

4 行政不服審査法上の執行停止手続き

前述した通り、不服申し立てを提起しても開示決定の効力が当然に停止するわけではなく、執行停止の申し立てをして決定を得る必要がある（行政不服審査法25条）。

行政不服審査法上、不服申し立てが可能であるのは、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（以下単に「処分」という。）」に「不服がある者」であるとされる（同法1条2項及び2条）ところ、これに当たる者は、後述の行政事件訴訟法9条と事実上同一と解されている⁹。

そして、情報公開法20条は、「開示決定に対する第三者からの審査請求を却下し、又は棄却する裁決」の場合には、13条3項を準用する旨定めるため、第三者もまた不服申し立てを行うことができる主体であることは、条文上明らかといえる¹⁰。

5 抗告訴訟

ア 総論：事件性の要件

抗告訴訟の提起には、行政事件訴訟法9条1項において、「当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者（処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなった後においてもなお処分又は裁決の取消しによって回復すべき法律上の利益を有する者を含む。）」であることが要求される。なお、その判断においては同条2項の諸事情を考慮することとなる。

そして、上記4の情報公開法20条の規定との整合性からしても、いわゆる情報公開法13

条1項にいう「第三者」については、原則として利益が肯定され、情報公開法5条1号、2号等に該当する情報の保有主体には通常、法律上の利益が求められると思われる¹¹。

イ 国と地方公共団体との紛争における事件性、法律上の争訟性

しかしながら、13条の「第三者」が国等をその対象から除外しているため、国等の保有する情報が書かれた行政文書が地方公共団体によって開示されるような場合には、行政事件訴訟法9条の「法律上の利益」が認められる「主観訴訟」に当たるかどうかの問題となり、これに当たらない場合には争いうる手続きがないこと（「法律上の争訟」（裁判所法3条）に当たらないこと）になる（主観訴訟に当たらないが争いうるものとして、行政事件訴訟法6条は「国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟」としての機関訴訟を定めるが、これは「法律の定めがあるものに限り、提起することができる」（同法42条）とされ、具体的には【法定受託事務の執行命令訴訟】（地方自治法151条の2）と、【長・議会間の機関訴訟】（地方自治法176条4項）があるものの、それ以外にはない。）。

6 地方公共団体の場合

地方公共団体においても、多くの場合情報公開法と同様の規定を置いているが、情報公開法13条1項・2項に相当する規定に違いがあることはある。また、任意的意見聴取については、実際の運用において意見聴取まで行われている例はあまり多いとは言えず、その場合には情報保有主体としては争う機会が与えられないことになるため、問題なしとしない¹²。

また、情報公開法13条3項に相当する猶予期間についての規定はあるとは限らないものの、実際上こうした猶予期間を置かないことは、情報の保有主体の不服申立ての機会を奪うこととなりかねず、問題となると思われる。

また、条例の不開示事由や、意見聴取の定め方の違いによって、行政不服審査、抗告訴訟等における当事者適格が影響を受ける可能性も

ないとはいえない（第3の3参照）。

第3 国からの申し立て事案

1 那覇市「海上自衛隊施設建設計画通知」訴訟（①訴訟）

（第1審）那覇地判平成7年3月28日（判タ922号122頁）

（控訴審）福岡高那覇支判平成8年9月24日（行裁例集47巻9号808頁、訟務月報44巻7号1103頁）

（上告審）最判平成13年7月13日（訟務月報48巻8号2014頁）

（1）事案の概要

那覇市長（被告、被控訴人、被上告人）が、文書の公開を求める異議申立て手続きにおいて、那覇市情報公開条例（以下「那覇市条例」という。以下情報公開条例については同様に略称する。）¹³に基づき、開示請求者らに対して文書を公開するとの決定をしたところ、国（原告、控訴人、上告人）が、公開決定により秘密保護等に係る法的利益の侵害を受けたとして、同決定の一部の取消しを求めた事案である。該当文書は、那覇防衛施設局長が、海上自衛隊の庁舎の建築工事に際して、那覇市建築主事に提出した、建物の設計図及び建築申請に関する資料である。同庁舎の地下階には対潜水艦戦作戦センター（ASWOC）が設置されている。

なお、本手続きでは、情報公開決定前に地元新聞の報道があり、那覇防衛施設局長が行政不服審査法に基づく参加を申し立て、意見を述べているほか、抗告訴訟提起と同時に執行停止も申し立てており、裁判所はその一部の執行を停止している¹⁴。

ア 第1審

第1審は、本件訴訟は、法律上の争訟（裁判所法3条）には当たらず、一種の機関訴訟であり、それを許す特別の規定がないから不適法である¹⁵として訴えを却下した。

イ 控訴審

控訴審は、被控訴人（那覇市長）の本件条例に基づく行政権限の行使と控訴人（国）の防衛

行政権限の行使との間に抵触が生じ、これをめぐって両当事者間に権限の行使に関する紛争が発生しているのであるから、「この紛争は、行政組織内部において処理し解決されるべき性質のものであり、専ら、司法機関において法令を適用して終局的に解決すべき紛争、すなわち法律上の争訟ということとはできない。」また、「本件条例は、法令により明らかに守秘義務の課されている情報や公開によって行政の公正、円滑な執行に著しい支障を生ずることが明らかかな情報等を非公開とすると規定しているが（那覇市条例 6 条 1 項）、右規定に反する公開決定を他の行政主体又はその機関が争う場合に、その審判を裁判所の権限とする特別の法律の定めはない」¹⁶として、訴えを却下した。

（2）最判平成 13 年 7 月 13 日

ア 法律上の争訟の有無について

「上告人（国）は、本件文書の公開によって国有財産である本件建物の内部構造等が明らかになると、警備上の支障が生じるほか、外部からの攻撃に対応する機能の減殺により本件建物の安全性が低減するなど、本件建物の所有者として有する固有の利益が侵害されることをも理由として、本件各処分をの取消しを求めていると理解することができる。そうすると、本件訴えは、法律上の争訟に当たるといふべき」と判断し、原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法があるとした。

イ 原告適格について

もんじゅ訴訟判決¹⁷を引用し、「行政事件訴訟法 9 条にいう当該処分をの取消しを求めるにつき「法律上の利益を有する者」とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいうのであり、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数の者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、このような利益もここにいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある

者は、当該処分をの取消訴訟における原告適格を有するものといふべきである」とした上で、那覇市条例について検討をし、「条例 6 条 1 項は、同項各号所定の情報が記録されている公文書は非公開とすることができる旨を定めているが、その趣旨、文言等に照らし、同項が上告人の主張に係る利益を個別的利益として保護する趣旨を含むものと解することはできず、他に、上告人の主張に係る利益を個別的利益として保護する趣旨を含むことをうかがわせる規定も見当たらない」として、上告人（国）の原告適格を否定し、上告を棄却した¹⁸。

2 沖縄県「北部訓練場土地共同使用に関する文書」訴訟（②訴訟）

那覇地決平成 27 年 3 月 5 日（「季報情報公開・個人情報保護」58 巻 22 頁（2015 年））

（1）事案の概要

沖縄県知事（被告、相手方）が、沖縄県条例に基づき、FAC6001 北部訓練場における沖縄県における在日合衆国軍施設の共同使用に係る協定書や FAC6001 北部訓練場の土地の一部共同使用についてのメモ等が沖縄県条例 7 条に該当する非開示情報及び情報公開法 5 条 3 号に該当しないとして、開示請求者に対して開示するとの決定（以下「本件開示決定」という。）をしたところ、国（原告、申立人）が、沖縄県に対し、同決定の取消を求めるとともに、行政事件訴訟法 25 条 2 項の規定により、沖縄県（相手方）に対し、本件開示決定の執行の停止を求めた事案である。

国は、FAC6001 北部訓練場の土地を所有し、米国政府に対して、在日米軍基地として使用を許可している。

本件開示決定の前に沖縄県知事は、沖縄防衛局長に対し、本件開示請求に係る公文書の開示決定等について意見書を提出する機会を与え、沖縄防衛局長は、在日米軍に意向を確認した上で、当該文書を開示されると支障がある旨の意見書を提出している。本件開示決定は平成 27 年 2 月 19 日付けで、開示日は同年 3 月 6 日午前 9 時とされ、本件申立は、同年 3 月 4 日に提起された。

(2) 判旨

裁判所は、沖縄県知事が公文書を開示するとの決定に基づく執行は、本案事件が確定するまで停止すると決定した。

執行停止が認められるためには、①原告適格のほか、②「重大な損害を避けるための緊急の必要の有無」、③「本案について理由がないとみえるか否か」、④「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれの有無」も必要であるが、以下は①の原告適格に限って判旨を紹介する。

本件文書について、日米安全保障条約、日米地位協定に基づいて作成された書面であること、日米合同委員会の公式な議事録は双方の同意がない限り公表しない旨取り決められていること、米国政府代表から本件文書は公式な議事録に組み込まれている文書であり、開示することによって、米国との相互信頼の関係を損ねるおそれがあることなどから、公表に同意せず、開示を防ぐための措置を執ることを求める正式な文書が国に送られていること、沖縄県条例7条が公文書の開示請求があったとき、不開示情報が記録されている場合を除き、開示請求者に対し、当該公文書を開示しなければならないと定めており、不開示情報として同条1号、同条7号の情報が規定されていること等を認定した上で、「本件開示決定について定めた行政法規である本件条例は、国が行う事務又は事業に関する情報であって、これを公にすることにより、契約、交渉又は争訟に係る事務に関し、国の財産上の利益又は当事者としての地位を不当に害するおそれその他当該事務又は事業の性質上、当該事務又は事業の適正な遂行に支障を及ぼすおそれがあるものについては、これを不開示情報として、開示の対象となる公文書から除外していることが認められる」、「そうすると、本件条例は、国が行う事務又は事業の適正な遂行に係る利益を国の個別的利益として保護すべきものとする趣旨を含むものと解するのが相当である」として、申立人を法律上の利益を有する者として、原告適格を認めた。

3 ①訴訟と②訴訟の違い

(1) 本案訴訟と執行停止決定

まず、①訴訟は本案訴訟であるのに対し、②訴訟はあくまでも執行停止の決定に過ぎないため、結論が異なることはある意味当然とも言える。前記1(1)のとおり、①訴訟においても、執行停止については、裁判所は原告適格で門前払いをすることなく、停止を認めている¹⁹。

(2) 法律上の争訟該当性

前記1(1)ア及びイ、同(2)アのとおり①訴訟では「法律上の争訟」に当たるかが争われたが、②訴訟では争いになっていない。これは、本件開示決定の2日前に本件執行停止申立がなされたことから、そもそも沖縄県として十分な反論をする時間がなかった可能性もあるが、仮に争点となった場合、①訴訟以降に出た宝塚パチンコ条例判決²⁰で「国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるといふべきである」との判断が影響することも考えられる。

(3) 原告適格の有無

ア 条例における不開示事由の定め方

②訴訟において、原告適格を形式的に認めた判断がされたことが、結論を分けた可能性もあるが、同訴訟において裁判所は、「各条例の定め方」に着目した判断をした可能性もある。

①訴訟における那覇市条例においては、条例6条の各号に当たる情報について「当該公文書を非公開とすることができる」という定め方がされていた。

これに対し、②訴訟における沖縄県条例においては、「次の各号に掲げる情報」「のいずれかが記録されている場合を除き、開示請求者に対し、当該公文書を開示しなければならない。」とされていた。

地方公共団体の情報公開条例は、情報公開法制定以前は不開示情報について、「公開しないことができる」、「非公開とすることができる」という規定の仕方をしてきた例が多かったが、行政改革委員会が情報公開法要綱案で、行政機関情報公開法5条・7条のような開示・不開示の仕組みを採用して以来、これに倣う例が増加しつつある²¹。①訴訟の那覇市条例は前者、②

訴訟の沖縄県条例は後者に当たる。

後者は、不開示情報の開示を原則として禁止し、例外として裁量的開示を認める枠組みといえるため、開示されないことの利益を個別的利益として保護する趣旨を含むと判断されやすい可能性がある²²。

イ 不開示事由の主張の違い

①訴訟と②訴訟においては、不開示事由の主張にも違いがみられた。

①訴訟においては、「法令により、明らかに守秘義務が課されている情報」、いわゆる法令秘に当たる情報として、不開示事由に当たると主張されていたのであるが、②訴訟では、これに加え、「県、国、独立行政法人等、他の地方公共団体又は地方独立行政法人が行う事務又は事業に関する情報であって、公にすることにより、次に掲げるおそれその他当該事務又は事業の性質上、当該事務又は事業の適正な遂行に支障を及ぼすおそれがあるもの」にあると主張されている。

①訴訟の後、②訴訟に至るまでの間には、前掲の宝塚パチンコ条例判決が出されており、ここでは、「国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たる」というべきであるが、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということではできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解される。」と判示されている。これは、「原告適格」ではなく「法律上の争訟」についての判断であるが、②訴訟における国（原告）の法律上の利益の主張は、この宝塚パチンコ条例判決を参考とした可能性もある。

ウ 法令及び判例の変遷

そして、原告適格についての行政事件訴訟法9条については、前掲のもんじゅ事件のほか、

同趣旨と思われる小田急高架訴訟大法廷判決²³も平成11年に出ており、平成16年には行政事件訴訟法自体9条に2項を加える改正がされている。そして、前記アのとおり情報公開法も平成11年に成立し、前記イのとおり平成14年には宝塚パチンコ条例判決も出ているため、これらの変化が判断に影響を与えた可能性もある。

第4 事業者からの申立事案（判決等）

本項では、国及び地方公共団体にかかる事業者からの開示決定取消請求訴訟を紹介する。執行停止の申立て事例については、5の中で他の裁判例とともに決定例の日付・結論等をあげておく。

1 宇都宮地判平成6年5月25日（判時1522号65頁）

本件は、わが国の逆FOIA訴訟の先駆け的なものである。まだ情報公開法は制定されておらず、法13条のような第三者保護規定が定着する前の状況で原告適格が問題となったが肯定され、以後の事業者からの申し立て事案では、原告適格については実質的には争点にならなくなった。原告適格についての判断を中心に紹介する。

（1）事案の概要

栃木県条例に基づく「補助金交付申請に対し提出した法人の経理内容を記載した文書」の開示が問題となった。

（2）裁判所の判断（要旨）

請求棄却

判決は、まず原告適格について次のように判断した。

栃木県条例3条（解釈運用のあり方）、6条2号（事業者情報を不開示とする規定）、第三者情報の取扱要綱（意見聴取手続きを規定）などの規定は、開示請求の対象となった個人、法人その他の団体の秘密ないし情報を公文書の開示を求める権利と対立する具体的利益として捉え、その利益を開示処分により不当に侵害することのないように配慮しようとの趣旨に基づくものと解される。そして本件文書が法人である原告の経理内容に関する情報を記載した文書である

ことは当事者間に争いが無い。したがって、仮に行政処分の直接の相手方でない者が行政処分について争う場合の法律上の利益を被告主張のように、その者が法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者であることが必要であると解したとしても、原告は本件処分の取消を求めにつき法律上の利益を有するものというべきであり、被告の主張には理由がない、として原告適格を是認した。

その上で、栃木県条例の不開示条項である 6 条 2 号、同 5 号への該当性を否定し、請求を棄却した。

この結論は、控訴審判決(東京高判平成 9 年 7 月 15 日、判タ 985 号 145 頁)、上告審判決(最判平成 13 年 11 月 27 日、判時 1771 号 67 頁)においても維持されている。なお、原告適格については地裁判決以上の判断はされていない。

2 鳥取地判平成 18 年 2 月 7 日(判時 1983 号 73 頁)

(1) 事案の概要

鳥取県条例に基づく請求に対し、原告(宗教法人)の責任役員名簿、財産目録、平成 13 年度及び平成 14 年度の通常会計収支計算書(以下「本件文書」という。)の開示決定に対し、原告が、上記開示決定は法律及び主務大臣の指示等に違反するなど主張して、その取消しを請求した事案である(上記開示決定対象には原告宗教法人規則が含まれるが、その違法性は争っていない)。鳥取県知事は、原告の所轄庁である(宗教法人法 5 条 1 項)。

なお、鳥取県条例 9 条 2 項 1 号では、法令若しくは条例の規定又は実施機関が従わなければならない各大臣等の指示その他これに類する行為により公にすることができない情報を不開示としている。

(2) 裁判所の判断(要旨)

一部認容

宗教法人法 25 条 4 項により都道府県が提出を受けた役員名簿、財産目録等の書類の写しを管理する事務は、それらの書類の提出を受ける事務とは異なり、これを法定受託事務とする法令の定めがないから、自治事務に該当し、提出

書類の公開に関する事務も、書類を管理する事務の一態様として自治事務に含まれると解すべきである。

しかし、宗教法人の業務又は事業の管理運営の実態を正確に把握して、所轄庁としての権限行使の適正を図るという同項の趣旨にかんがみれば、書類の提出を受ける事務と書類を管理する事務とは一連の事務を構成し、相互に密接に関連するものというべきであって、同法を所管する文部科学大臣は、書類を管理する事務ひいては提出書類の公開に関する事務につき、地方自治法 245 条の 9 第 1 項による処理基準を定めることができると解するのが相当である。

文部科学大臣から文化庁次長に対して与えられた職務権限に基づいて定められた通知である「宗教法人法に係る都道府県の法定受託事務に係る処理基準について」は、同項にいう処理基準に当たる。同通知によれば、宗教法人法 25 条 4 項により提出された書類の開示請求に対しては、登記事項等の公知の事項を除き、原則として不開示とする取扱いをするものとされているところ、本件文書は、いずれも非公知の事項であり、これを例外的に開示すべき特段の事情も認められない。

本件文書は、鳥取県条例 9 条 2 項 1 号の情報にあたり、これを開示した前記決定は違法であるとして、原告の請求を認容した(原告が違法性を争っていない部分を除く)。

3 大阪地判平成 16 年 4 月 15 日(訟務月報 51 巻 6 号 1516 頁)

(1) 事案の概要

本件は、柔道整復師で過去に業務停止命令を受けた原告が、情報公開法に基づき柔道整復師に対する行政処分の命令書の被処分者の本籍以外の部分を開示する旨の決定をした被告(厚生労働大臣)に対し、上記決定のうち原告の住所、氏名及び生年月日の記載に係る部分の取消しを求めた事案である。

(2) 事実経過

ア 原告

原告は、柔道整復師の資格を取得して整骨院を経営していたが、平成 7 年 11 月、大阪地裁で

柔道整復の業務に関する詐欺罪により懲役3年、執行猶予4年の有罪判決を受けた。また、平成11年6月には、平成13年法律第87号による改正前の柔道整復師法8条1項、4条3号により、同月21日から1年間、柔道整復業務の停止を命じる行政処分（以下「本件業務停止処分」という。）を受けた。

上記業務停止期間経過後の平成14年2月、原告は再度整骨院を開設し業務を行っている。

イ 行政処分の公表状況

厚生労働大臣が、医師、歯科医師、保健師、助産師及び看護師（以下「医師等」という。）に対する免許取消又は業務停止の行政処分（医師法7条、歯科医師法7条、保健師助産師看護師法14条）については、報道機関からの要請の要請により、これに応じ、医師及び歯科医師については昭和46年から、保健師、助産師及び看護師（平成14年3月に保健婦、助産婦及び看護婦より改称）については平成12年から、それぞれ行政処分がされた都度、被処分者の氏名・住所・年齢（生年月日）等が公表されてきた。これに対し、柔道整復師に対する行政処分については、これまで公表されたことはなかった。

ウ 開示請求

本件開示請求（平成13年4月）に係る行政文書は、平成6年度、平成11年度及び平成12年度分の柔道整復師に対する行政処分の各命令書（以下「本件各命令書」という。）であり、そのうち原告に係る本件業務停止処分の命令書（以下「本件文書」という。）は、平成11年度分の1通である。本件各命令書には、当該命令書の文書番号・発出年月日、被処分者の本籍・住所・氏名・生年月日、処分の内容・理由等が記載されている。

被告は、平成14年7月被処分者の本籍以外の部分をすべて開示する決定（以下「本件決定」という。）をした。

（3）裁判所の判断（要旨）

請求棄却

ア 情報公開法5条1号ただし書の趣旨

情報公開法5条1号ただし書イにいう「慣行

として公にされ、又は公にすることが予定されている情報」とは、事実上の慣習、慣行として公にされていること又は公にすることが予定されていることで足りると解すべきである。さらに、ある情報について公表する具体的な計画がない場合であっても、同種の情報が公にされており、当該情報のみ公にしない合理的な理由がなく、当該情報について公にされることが当然予測できる場合など、当該情報の性質上通例公にされるべきものも、上記の趣旨に照らし、不開示情報として保護すべき必要性が乏しく仮にプライバシー侵害があっても受忍限度内と考えられるものであって、公開予定情報（公にすることが予定されている情報）に該当するものと解すべきである。

イ 柔道整復師と医師等との類似性について

柔道整復師と医師等とは、いずれも医療に係る業務に従事する者であるところ、医療は国民の生命・身体に直接かかわるものであり、適正な業務を確保する必要性が高く、医療従事者の質の確保が必要不可欠であることから資格制度を設け、有資格者以外が医療に従事することを禁止している点で、基本的な共通性・類似性がある。

ウ 慣行及び本件記載に係る情報の公開予定情報該当性について

前記のとおり、公開予定情報には、公表する具体的な計画がなくとも同種の情報が公にされており、当該情報のみ公にしない合理的な理由がなく、当該情報について公にされることが当然予測できる場合等当該情報の性質上通例公にされるべきものも含まれる。上記の医師等との共通性・類似性に照らせば、柔道整復師に対する行政処分についても、報道機関からの要請等があればこれを公表することは当然予測できることであって、柔道整復師に対する行政処分情報は、公開予定情報に該当する。

エ 過去情報について

原告は、本件業務停止処分の根拠となった犯罪行為が平成3年ないし平成6年の事実であり、刑事判決の言渡しが平成7年11月のことであり、本件記載事項に係る情報は既に周知性を失った

情報で不開示とされるべきものである旨主張する。

ある情報が、時間の経過とともに周知性を喪失し、一定期間が経過した後はもはや公にされているとは認められない場合があり得ることは認められる。情報の周知性喪失期間に関して明確な判断基準はなく、行政庁の合理的な判断に委ねられていると解される。被告は、柔道整復師に関する行政処分に係る開示請求が当該行政処分から5年以上経過した後にされた場合、当該行政処分に係る情報は、「公にされ、又は公にすることが予定されている情報」に該当しないとして、情報公開法5条1号ただし書イの該当性を判断しているところ、上記取扱いは一応合理的なものといえる。本件業務停止処分がされたのは平成11年6月9日であり、本件開示請求がされたのは約1年10ヵ月後の平成13年4月2日であって、本件記載に係る情報は周知性を喪失したといえず、公開予定情報であったといふべきである。

4 名古屋地判平成21年11月18日 (LEX/DB 25442209)

(1) 事案の概要

愛知県条例に基づき、原告（廃棄物の収集、運搬及び処分業務等を目的とする株式会社）に関する情報（後記（4）アの情報等）が記録されている行政文書の全部又は一部を開示する旨の各決定をしたため、原告が、上記各決定の取消しを求める事案である。

(2) 愛知県条例の概要

7条3号で、法人に関する情報であって、「公にすることにより、当該法人等又は当該個人の権利、競争上の地位その他正当な利益を害するおそれがあるもの」（同号イ）については、同号ただし書きの場合を除き不開示とされている。

(3) 事実経過

ア 原告に対する行政処分

原告は、① 排出事業者の承諾を得ることなく、処理を受託した産業廃棄物を別の処理業者に再委託し、② 当該行為を隠すため、産業廃棄物管理票に原告において中間処理を行った旨を記入し、排出事業者に送付していたため、平成

20年1月、処分行政庁から、これらの事実が産業廃棄物処理法14条14項（第三者委託の原則禁止）（現14条16項）、12条の4第2項（処分未了の管理票送付義務）〔現12条の4第3項〕に違反するとして、産業廃棄物処理法14条の3に基づき、同月7日から同年2月20日までの45日間、産業廃棄物収集運搬業、産業廃棄物処分業、特別管理産業廃棄物収集運搬業及び特別管理産業廃棄物処分業の全部の停止命令（以下「本件停止命令」という。）を受けた（以下、上記①、②の事実を「本件違反事実」という。）。

イ 本件違反事実概要の公表等

処分行政庁は、平成20年1月、愛知県産業廃棄物不適正処理に係る行政処分要綱に基づいて、「本件停止命令の被処分者、処分の内容及び理由（本件違反事実の概要）」を公表するとともに、被告のホームページにこれらの事実を掲載し、同月のA新聞、B新聞等にもこれらの事実が掲載された。

(4) 裁判所の判断（要旨）

請求棄却。愛知県条例7条3号イの判断の要旨のみを紹介する。

ア（既に公知の事実となっている情報（（3）イの情報）が、愛知県条例7条3号イに該たらないと判断した上で）本件文書1ないし5（詳細省略）には、原告の産業廃棄物処理法違反の内容が具体的に明らかになる情報のほか、原告が受け入れていた産業廃棄物の排出事業者名、産業廃棄物の受託量、原告が産業廃棄物処理を委託した委託先事業者名、産業廃棄物の委託量等の原告の産業廃棄物取引に関する情報、原告が被告の職員から受けた指導及びこれに対する原告の是正措置に関する情報等が記録されている。

イ これらの情報は、本件違反事実に関して既に公知の事実となっている情報の範囲を超える。しかし、産業廃棄物の保管、運搬、中間処分又は最終処分が不適正に行われた場合には、その周辺の生活環境を悪化させ、周辺住民の生命、健康等に支障を生じさせる可能性があるから、その不適正処理の実態やこれに対する指導及び是正措置の内容を明らかにするための情報は、周辺住民の上記支障の発生を未然に防ぐために

も、また、周辺住民に対する心理的な不安を除去する上でも、これを開示することが強く求められている。そして、不適正処理の実態を明らかにするには、排出事業者が不適正処理に関与したか否かにかかわらず、排出事業者が産業廃棄物の運搬又は処分を委託してから、最終処分がされるまでの情報が必要となる。この点に関し、廃棄物処理法が、産業廃棄物の排出事業者に対し、その産業廃棄物の処理を委託する際に、産業廃棄物管理票を交付することや、その処理の状況を自ら把握、管理することを義務付け(12条の3第1項、5項)、都道府県知事は、産業廃棄物処理基準に適合しない産業廃棄物の処分が行われた場合において、不適正な処理が行われ、生活環境の保全上支障が生じ、又は生ずるおそれがあると認められる場合には、産業廃棄物処理業者のみならず、排出事業者に対しても、その支障の除去等の措置を命ずることができる旨定めており(19条の5、19条の6)、排出事業者も産業廃棄物の不適正処理について責任を負う建前となっていることに留意する必要がある。

ウ 以上のような点にかんがみれば、産業廃棄物の処理業者がその業務に関し不適正な処理を行った場合、当該産業廃棄物の処理業者や排出事業者等の関係者は、不適正処理の実態やこれに対する指導及び是正措置の内容が公にされることにつき、社会通念上、これを受忍すべき立場にあるものというべきである。そして、本件文書1ないし5に記録された情報は、いずれも、本件違反事実の実態やこれに対する指導及び是正措置の内容に関するものであって、原告及びその関係者において当該情報が公になることを社会通念上受忍すべき範囲内のものであるから、これらが公にされることによって、原告及びその関係者の権利、競争上の地位その他正当な利益を害するおそれがあるものとは認められないとし、前記アの情報が愛知県条例7条3号イの不開示情報には該当しないとした。

5 その他の裁判例・決定例

開示処分の取消し、執行停止等が認められた事案としては、鳥取地判平成16年12月21日裁判所ウェブサイト(「補助金交付申請書に添付し

た法人の経理文書」の開示決定につき、一部取消しが認容された事案)、東京地決平成19年2月8日総務省情報公開・個人情報保護関係答申・判決データベース(「特定登録農薬の農薬抄録」の開示決定に関する効力停止請求につき、一部効力停止が認容された事案)、大阪地決平成19年7月6日新日本法規「情報公開制度運用の実務」1296-55頁(「学校法人の財務関係書類」の開示決定に対し一部効力停止が認容された事案)、東京地判平成22年3月25日総務省前掲データベース(「医療器具不具合・感染症症例報告書」の開示決定につき、一部取消しが認容された事案)がある。

請求棄却・却下事案としては、名古屋高判平成22年4月16日裁判所ウェブサイト(前記4裁判例の控訴審)、名古屋地決平成15年12月18日裁判所ウェブサイト(「私学補助金交付申請に対し提出した法人の経理内容を記載した文書」の開示決定に対する執行停止の申立てに対し却下された事案)、横浜地判平成21年12月9日判例地方自治340号11頁(開示決定から開示実施まで2週間の期間を置くという規定に違反した開示決定処分の取消しが認められなかった事案)がある。

第5 事業者からの申立事案(答申)

本項では、逆 FOIA 申し立てにかかる国の審査会の答申を紹介する²⁴。

1 会計監査人監査に関する企画書(平成16年度(行情)答申第102号~同第104号)

(1) 事案の概要

監査法人が日本郵政公社に対して提出した、監査を行っている監査先法人の名称を含む監査実績等が記載された会計監査人監査に関する企画書(以下「本件対象文書」という。)の一部開示決定について、これを提出した監査法人(以下「不服申立人」という。)が、監査先法人の名称は一般に公表されておらず、監査先との守秘義務に抵触するとして、不開示とすることを求めた。

(2) 答申の要旨

本件対象文書に記載された監査先法人の名称は、不服申立人の経営情報及び顧客情報の一部であり、一般に公にされているとは現在認められない監査先法人の名称を公にすれば、不服申立人の競合する他社がこれを利用するなどして、不服申立人の正当な利益を害するおそれがあると認められ、情報公開法5条2号イの不開示情報に該当する。

しかし、証券取引法（現在の金融商品取引法）等の規定により、有価証券報告書の一部として会計監査人の名称が記載された監査報告書が公衆の縦覧に供されている場合のほか、同法の規定によらず、業務及び財産状況等を公衆の縦覧に供するために発行した冊子（ディスクロージャー冊子等）の中で、不服申立人から会計監査を受けた事実を記載している場合には、監査先法人の名称が既に一般に公になっていると認められる以上、これを公にしても、不服申立人の正当な利益を害するおそれがあるとは認められず、情報公開法5条2号イの不開示情報に該当しない。

2 生産計画・販売計画を推測させる情報（平成16年度（行情）答申第112号）

（1）事案の概要

鉱区の所在地及び面積、探鉱又は採鉱に関する事項、運搬に関する事項、選鉱及び製錬に関する事項、操業上の危害予防に関する事項等の情報が記載された、特定鉱山施業案認可申請書及び同申請に対する認可書（案）（以下「本件対象文書」という。）の一部開示決定について、鉱業権者が、これらの情報が同業他社等に開示された場合、鉱業権者の販売計画、販売戦略が容易に推測されることにより、当該法人の競争上の地位その他正当な利益を害するおそれがある等として、不開示とすることを求めた。

（2）答申の要旨

本件対象文書に記載されている鉱床の規模、採掘を予定している総鉱量及びその平均品位の情報は、法人の資産に関する内部管理情報であり、通常公にされていない情報であると認められる。諮問庁は、具体的な採掘計画が明らかにされていないことから、鉱業権者の生産計画や

販売計画を推測することは困難である旨説明するが、事業の規模等の与件となる情報が記載されていることからすれば、具体的な採掘計画が明らかにされていないことをもって、直ちに鉱業権者の生産計画等を推測することが困難で、当該法人の正当な利益を害するおそれがないとは言えない。したがって、これらは、情報公開法5条2号イに該当すると認められるので、不開示とすべきである。

本件対象文書のうち、選鉱及び製錬に関する主要碎鉱設備の工程別総能力が記載された部分に関しては、どのような設備を使い、その設備がどの程度の能力を有しているかという情報は、法人の内部管理情報であり、通常公にされていない情報であると認められる。諮問庁は、当該部分を公にしても当該法人の生産計画や販売計画を推測することは困難であるため、当該情報については、これを公にすることにより当該法人の競争上の地位その他正当な利益が害されるおそれはない旨説明する。しかし、設備名と工程別総能力が記載されていることからすれば、専門的な知識を有する者であれば、これらの設備をどのように組み合わせる選鉱プラントを構築するかを推測することが可能になると考えられ、その結果として、生産される製品群の生産数量を予測することが可能になると考えられることから、これら工程に投入される原材料の量が明らかにされていないことをもって、直ちに鉱業権者の生産計画等を推測することが困難で、当該法人の正当な利益を害するおそれがないとは言えない。したがって、当該部分は、これを公にすることにより、当該法人の正当な利益を害するおそれがあり、情報公開法5条2号イに該当すると認められ、不開示とすべきである。

3 事業用電気工作物の保安規程変更届出書（平成19年度（行情）答申第192号）

（1）事案の概要

事業用電気工作物の保安規程を変更したときに提出しなければならない保安規程変更届出書（以下「本件対象文書」という。）の一部開示決定について、委託を受け、委託元事業者の電力供給の方式の決定、電力会社との交渉などを

行っている事業者（以下「不服申立人」という。）が、電力供給の方式は、製品製造上の重要なノウハウであり、この情報を開示することは、委託元事業者、電力会社及び不服申立人の正当な利益、競争上の地位を害するものである等として、不開示とすることを求めた。

（2）答申の要旨

審査会において本件対象文書を見分したところ、不服申立人が不開示とすべきとしている本件対象文書に記載された電力供給の提供方式に係る表示（「情報区分 1」）には、電力供給の方式に関して、通常想定される方式とは異なる提供方式が記載されていることが認められ、当該提供方式は、製品製造上の重要なノウハウであり、製品製造における他社との競争上の差異化に必要な情報であると認められる。したがって、当該部分を公にした場合、不服申立人、電力会社及び委託元事業者の権利、競争上の地位その他正当な利益を害するおそれがあるとする不服申立人の主張は否定し難いことから、情報公開法5条2号イに該当すると認められ、不開示とすることが妥当である。

不服申立人が不開示とすべきとしている本件対象文書に記載された書類の名称の表示には、通常の電力供給の提供方式を採用した場合には記載する必要がない書類の名称が記載されていることが認められ、当該記載は、第三者が容易に上記のビジネスモデルを想起し得る表現内容であると認められる。したがって、これを公にした場合、上記と同様の理由により、不服申立人、電力会社及び委託元事業者の権利、競争上の地位その他正当な利益を害するおそれがあるとする不服申立人の主張は否定し難いことから、情報公開法5条2号イに該当すると認められ、不開示とすることが妥当である。

4 不動産鑑定評価書（裁量的開示）

（平成22年（行情）答申第559号）

（1）事案の概要

不動産鑑定評価書（以下「本件対象文書」という。）の一部開示決定について、本件対象文書を提出した会社（以下「不服申立人」という。）が、鑑定評価書の使用方法によっては、正当な

理由なく懲戒処分の申立てをすることが可能であり、また、マスコミに配布されて記事に取り上げられる可能性もあり、不服申立人が風評被害を被るおそれがあること、対象不動産の鑑定評価額を査定するに当たっては、鑑定評価基準に沿って業務を行うだけでは足りず、独自のノウハウによって情報を収集し、分析・応用して行う必要があること等から、情報公開法5条2号イに該当するとして、不開示を求めた。

（2）答申の要旨

対象不動産の鑑定評価は、鑑定評価基準に沿って行われたものと認められ、不動産鑑定士が独自のノウハウにより当該評価を行ったという特殊性も認められず、公にされたとしても、不服申立人の権利・競争上の地位その他正当な利益を害するおそれがあるとは認められない。

しかし、本件対象文書は、文書全体として著作者の思想を創作的に表現したものと見え、著作権法2条1項1号の著作物に該当すると認められる。また、著作権法15条1項によりその著作者は不服申立人であると認められる。更に、本件対象文書全体が不服申立人により既に公表されていることをうかがわせるような事実は認められない。したがって、本件対象文書は著作権法上の未公表の著作物に該当すると認められる。

本件対象文書は、鑑定業務受託契約により不服申立人から行政機関に提出されたものであるが、本件対象文書には「提出した評価書は、広報出版あるいは公表の権利を与えたものではない。」ことが明記されており、不服申立人が、著作権法18条3項1号に規定する公表されることにつき同意したものと推定はできず²⁵、また、行政文書の開示に関する意見書により本件対象文書の開示により不服申立人が不利益を被る旨の意思表示をしていることから、著作権法18条3項1号の「開示する旨の決定の時までに別段の意思表示をした場合」に当たる。

したがって、本件対象文書を公にすることにより、不服申立人の著作権法上の公表権を侵害し、不服申立人の権利、競争上の地位その他正当な利益を害するおそれがあることから、本件

対象文書記載の情報は、全体として、情報公開法5条2号イに該当する。

しかし、著作権法18条4項により情報公開法7条の開示の場合には公表権の規定は適用されないこととされているところ、不動産の鑑定評価は、鑑定評価基準に沿って行われるものであること、不動産鑑定評価は実用性の高いもので、少なくとも鑑定受託者等一定範囲の者には伝達されることは当然の前提とされており、鑑定評価書に記載する事項は鑑定評価基準で定められていること等、不動産鑑定や鑑定評価書の性格を踏まえると、当該部分の創作性に関する独自性において、絵画や小説などの著作物とは異なり、同部分は絵画や小説などに比べて著作者の人格との結合性の程度が弱いと認められる。また、本件対象文書については、不服申立人が対象不動産の鑑定評価書を作成したという情報及び不服申立人の鑑定評価額は、既に公にされている。以上のことを踏まえれば、著作者人格権である公表権を保護する必要性はさほど強いとは言えない。

また、対象不動産は、元国有財産であったものが公社の設立に伴い公社が承継し、更に民営化によって民間会社が所有するに至った財産であるが、当該民間会社は、現在、政府が全株式を所有する会社であることからすると、対象不動産は、社会的観点から見ると国民の財産としての性格をも有していると認められる。そして、当該民間会社が決定した本件対象不動産を含む多数の不動産の一括売却に関して、社会的、政治的な論議が生じ、その結果、当該民間会社は対象不動産を含む多数の不動産の一括売却を断念した経緯がある。

これらのことから、不服申立人の公表権の保護されるべき必要性は必ずしも強くないものであり、当該民間会社の行おうとして不動産の一括売却をめぐる社会的、政治的論議における総務省の独自の評価の根拠を明らかにする説明責任の充足といった公益目的のため、本件対象文書について不服申立人の公表権が制約を受けることは、情報公開制度の趣旨に照らしてやむを得ないものと認められる。したがって、本件対

象文書の開示部分については情報公開法7条に定める公益上の理由による裁量的開示を行うべき場合であり、著作権法18条4項1号の規定に基づき、同条1項を適用しないこととすべきである。

以上のことから、本件対象文書は、不服申立人が本件対象文書について公表権を有することを考慮すると情報公開法5条2号イに該当するものであるところ、本件については、情報公開法7条により開示することができる場合に該当すると認められ、開示するとした決定は、結論において妥当である。

5 有線ラジオ放送業務の正常化に関する文書（平成23年度（行情）答申第112号～同第122号）

（1）事案の概要

有線ラジオ放送業務の正常化について、報告を求める行政処分に対し、不服申立人が提出した文書（以下「本件対象文書」という。）の一部開示決定について、不服申立人は、不服申立人の同業他社等がこれらの文書入手した場合、これらの文書を用いて不服申立人が違法行為を行っているなどと不服申立人の顧客に吹聴し、不服申立人の事業活動を妨害する行為に格好の材料を与えることとなり、不服申立人の営業上の正当な利益が害されるおそれがあり、情報公開法5条2号イの不開示情報に該当するとして、不開示とすることを求めた。

（2）答申の要旨

本件対象文書の開示部分から、現実に不服申立人が架線等を設置して営業している地域のうち、有線ラジオ放送業務の運用の規正に関する法律（以下「有線ラジオ放送法」という。なお、現在は放送法に統合されている。）3条等に違反して営業している地域等があること及びその地域等が明らかになるものと認められ、そのような事実が同業他社により顧客の勧誘等の営業活動上利用されるおそれがあることは、否定できない。

しかしながら、現実に不服申立人が架線等を設置して営業している地域の中に有線ラジオ放送法所定の届出が未了の地域が少なからずある

こと自体は既に公になっているところであり、不服申立人が問題とする同業他社の営業活動が、特定地域では届出未了のまま又は一部届出未了のまま営業が行われているという事実を指摘するものであれば、そのことは真実の指摘であるから、開示請求によって得られた情報を用いる同業他社の営業活動が不服申立人に不利益を生じさせるおそれがあるとしても、不服申立人の競争上の地位その他正当な利益を害するとまでは言えず、不服申立人としてはこれを受忍すべきである。

6 その他

上記のほか、第三者不服申立て（逆 FOIA）に関する審査会の答申として、柔道整復師に対する行政処分の命令書の一部開示決定に対する不服申立てがあるが（平成 13 年度（行情）答申第 156 号、平成 15 年度（行情）答申第 499 号、同第 500 号）、答申の要旨は、第 4 の 3 で紹介した裁判例の判旨と同様のため、ここでは割愛する。

最近の答申を簡単に紹介する。

特定医薬部外品製造販売承認申請書等の一部開示決定に関する件（平成 28 年度（行情）答申第 260 号ほかに類似案件多数）、特定会社の「事業収支結果及び計算書類報告書」等の一部開示決定に関する件（平成 28 年度（行情）答申第 178 号ほかに類似案件多数）、平成 18 年度最適化計画における特定会社との契約に関する合意書の一部開示決定に関する件（平成 27 年度（行情）答申第 155 号ほかに類似案件数件）、中小企業等協同組合の設立認可申請書等の一部開示決定に関する件（平成 27 年度（行情）答申第 57 号）、特定会社の財産及び収支に関する報告書等の一部開示決定に関する件（平成 25 年度（行情）答申第 418 号ほかに類似案件多数）、特定会社に係る予約前受金残高等報告書の一部開示決定に関する件（平成 25 年度（行情）答申第 381 号ほかに類似案件多数）については、おおむね原処分を妥当として開示を維持している。

特定会社に係る有線テレビジョン放送施設設置許可申請に関する文書の一部開示決定に関する件（平成 27 年度（行情）答申第 428 号）では開示処分の一部を取り消し、特定イベント開

催に際して関東地方整備局長が行った都市公園法 12 条 1 項の使用許可に係る起案文書一式の一部開示決定に関する件（平成 25 年度（行情）答申第 215 号）では不開示を求めた部分全部について開示処分を取り消している。

第 6 まとめ

これまでの逆 FOIA の訴訟、執行停止及び不服申立て事案をできるだけ幅広く取り上げ、検討した。わが国でも逆 FOIA 訴訟・不服申立てという類型は定着したといえよう。それを前提に、今後の課題等を指摘したい。私人からの申し立てと国からの申し立てに分けて論ずる。

1 私人からの申し立て

（1）訴訟要件

訴訟要件については、上記第 4 の 1 の宇都宮地判で原告適格が是認され、その後はあまり争点にもなっていない。情報公開法及び条例の多くは事業者情報について「正当な利益を害するおそれのある」場合を不開示の要件としている（法 5 条 2 号イ）ので、不開示の主張がおのずと原告適格の主張になるということからであろう。しかし、もとより原告適格が無限定に認められるものではなく、「法律上の利益」のあることが前提である。この点について上記宇都宮地判もその後の判決も明確な判断基準は示していない。

法 5 条 1 号関係では当該個人、2 号関係では当該事業者はまさに法の規定によりその利益を守るために不開示とすべきものであるから、原告適格は基本的に認められるだろうが、それ以外の関係者（例えば個人の親族や事業者の取引先など）についてどこまで認めうるかは今後の課題であり、こうした事例が出てくれば逆 FOIA 訴訟の原告適格についての考え方もより深められることとなる。

（2）原告・申立人

逆 FOIA を申し立てる者としては、主に 1 号関係では個人、2 号関係では法人等の事業者ということになる。第 4、第 5 の諸事例からすれば、実際に事件になっているのは大部分が事業者で

ある。

個人情報とは広く不開示とされるから申し立てる必要がないとも考えられるが、実際にはただし書による開示も相当程度ある。ややうがった見方をすると、自分の情報を秘密にして欲しいと望む者は、開示されたくないと思っても訴訟や不服申立てなどを起こすことでより広く自己の情報が知られるおそれがあるために、ためらわざるを得ないのではないかと考えられる。

(3) 開示・不開示の判断と意見聴取

訴訟、不服申立てとともに認容例（不開示に変更）、棄却例（開示維持）のいずれもあり、現時点で訴訟、不服申立ての間の判断傾向の違いとか、全体として開示が維持されやすい傾向にあるか等の格別な方向性は見出しがたいように思われる。

争点としては、事業者による申立てが多いこともあり、法5条2号イの「正当な利益を害する」かが具体的な事情に即して争われることが多い。

なお、決定前に意見照会（法13条1項、2項）を適切に行うことも重要であるが、決定に当たっては事業者側の不開示の希望に拘束されるものではないことに留意すべきである。事業者も

不開示要件を満たす具体的事情を示すべきであり、抽象的に不開示の希望を述べても判断に反映させることは難しいし、開示請求者がライバル会社であることを強調しても開示請求者が誰であるかを考慮せずに判断する情報公開制度の下では意味を持たないことが認識されるべきである。

2 国からの申し立て

国が第三者として開示の差し止めを求めるにあつては、第3で論じられているように、訴訟要件をめぐる私人とは異なる問題がある。第3の訴訟①の最判平成13年7月13日では国について法律上の利益は認めたものの原告適格を欠くとした。しかし原告適格の有無についても条例の不開示規定の文言や当該事案の事情により判断が異なる余地はある。²⁶

現在係争中の国対沖縄県の事案の判断が注目される。

[追記]

上記「国対沖縄県の事案」（第3の訴訟②）について、那覇地裁は平成29年3月7日、法律上の訴訟性及び国の原告適格を認め、不開示条項に該当するとして開示決定を取消す判決を下した。

1 独立行政法人については独立行政法人等の保有する情報の公開に関する法律が適用されるが、情報公開法とほぼ同様の規定なので、本稿では言及しない。
2 宇賀克也「公文書開示決定取消請求事件」ジュリスト1053号88頁
3 宇賀克也「新・情報公開法の逐条解説〔第7版〕」161頁（有斐閣、2016）
4 行政手続法14条1項で通知が要求されるのは、「不利益処分の名あて人」に対してであるため、情報公開法13条3項の通知は、行政手続法に基づくものではない（情報公開法における創設的規定。宇賀・前掲165頁）。
5 2週間の猶予が13条1項・2項に規定する以外の、国や地方公共団体から意見書が提

出された場合等に適用があるかは明らかではない。しかし、事実上の運用としては猶予を設けて争う機会を与えなければ問題を生じると思われる。第2の2参照。

6 平成26年6月6日改正後の行政不服審査法25条1項（以下行政不服審査法の条文に触れるときには、改正後の法律に基づくものとする。）
7 宇賀・前掲184頁
8 審査会における審査の実情については森田明「論点解説 情報公開・個人情報保護審査会答申例」第1章（日本評論社、2016）参照
9 宇賀克也「行政不服審査法の逐条解説」16頁（有斐閣、2015）。
10 とはいえ、情報公開法20条にいう「第三

- 者」には、13条同様国や地方公共団体等は含まれていないため、国等については主体となりうるかが争われる可能性がある。
- 11 定塚誠「第27講 情報公開訴訟」定塚誠編『行政関係訴訟の実務』470頁以下（商事法務、2015）、村上裕章「第3章 行政情報法」亙理格・北村喜宣編『重要判例と共に読み解く 個別行政法』77頁（有斐閣、2013）
- 12 一例であるが、神奈川県では、平成27年度の公開請求のうち第三者情報を含むものは6280件、そのうち意見書提出機会付与等の調査を行ったものは89件にとどまる。
- 13 当時の那覇市条例は「那覇市」のホームページ内の「情報公開条例改正案（新旧対照表）」を参照されたい。
- 14 那覇地決平成元年10月11日
- 15 第2の5参照
- 16 第2の5参照
- 17 最判平成4年9月22日
- 18 福田博裁判官の反対意見がある。
- 19 ②訴訟では相手方である沖縄県は、本件文書が情報公開法5条3号の要件を充たしているのか、実質的な審理を経たうえで決定されることを望むと意見書を提出していた。
- 20 最判平成14年7月9日
- 21 宇賀・前掲注3、67頁
- 22 ①訴訟以降に情報公開法が施行されており、情報公開法において不開示情報とされている情報に該当する可能性がある文書については、開示されないことの利益を個別的利益として保護すると判断されやすくなっている可能性はある。
- 23 最判平成17年12月7日
- 24 審査会の答申は、全て公開されており、総務省情報公開・個人情報保護関係答申・判決データベース（<http://koukai-hogo-db.soumu.go.jp/>）で、検索・閲覧することができる。
- 25 著作権法18条3項1号は、未公表の著作物を行政機関に提供した場合、開示決定の時までに別段の意思表示をした場合を除き、情報公開法の規定により当該著作物を公衆に提供し、又は提示することにつき、同意したものとみなす旨規定している。
- 26 秋山幹男「公文書開示決定に対する第三者の取消請求」別冊ジュリスト179号36頁

宅地建物取引業法の諸問題（その1）

(Various problems of Building Lots and Buildings Transaction Business Law)

part 1

立川 正雄 及川 健一郎 篠田 貴和 野竹 秀一 高梨翔太

第1章 平成26年宅建業法改正の概要

第1 宅地建物取引主任者から宅地建物取引士へ

- 1 【問】なぜ、宅地建物取引主任者の名称が、宅地建物取引士に改正されたか？
- 2 【答】宅地建物取引主任者制度が創設された当時（昭和39年）に比べて、重要事項説明の項目が増大し、また、複雑化してきたため、重要事項説明義務を果たすために必要とされる知識も多様化してきた。そして、宅地建物主任者（取引士）は、円滑な不動産取引を行うためには、取引の当事者のみならず、金融機関・建築業者・リフォーム業者・保険会社等様々な関係事業者との連携を図る必要があることから、その役割に相応しい資格名称にすべきとの不動産業界の意見が受け入れられ、資格名称が改正された。

第2 宅地建物取引士の役割の拡大

- 1 【問】資格名称が宅地建物取引士に変わることによって、その役割や責任について、何か変わったのか？
- 2 【答】宅地建物取引業法（以下「宅建業法」という。また、条文の引用に際しては単に「法」という。）上、宅地建物取引士に関する以下の3つの規定が新設された。
 - 1) 宅地建物取引士の業務処理の原則（法第15条）
 - 2) 宅地建物取引士の信用失墜行為の禁止

（法第15条の2）

- 3) 宅地建物取引士の知識及び能力の維持向上（法第15条の3）
- 3 宅地建物取引士の業務処理の原則
宅地建物取引士は、宅地建物取引の専門家として、常に公正な立場を保持して、業務に誠実に従事することで、宅地建物取引に係る紛争等を防止するとともに、宅地建物取引士が中心となって、リフォーム会社、瑕疵保険会社、金融機関等の宅地建物取引業に関連する業務に従事する者との連携を図り、宅地及び建物の円滑な取引の遂行を図る必要があるとされた（法15条）。
- 4 宅地建物取引士の信用失墜行為の禁止
 - 1) 宅地建物取引士の業務は、取引の相手方だけでなく社会からも信用されていることから、宅地建物取引士は、宅地建物取引士の信用を傷つけるような行為をしてはならないものとされた（法15条の2）。
 - 2) 宅地建物取引士の信用を傷つける行為とは、宅地建物取引士の職責に反し、又は職責の遂行に著しく悪影響を及ぼすような行為で、宅地建物取引士としての職業倫理に反するような行為であり、職務として行われるものに限らず、職務に必ずしも直接関係しない行為や私的な行為も含まれるとされる。
- 5 宅地建物取引士の知識及び能力の維持向上
宅地建物取引士は、宅地建物取引の専門家として、常に最新の法令等を的確に把握し、これに合わせて必要な実務能力の維持

向上,知識の更新に努めるものとされた(法15条の3)。

第3 信用又は品位を害する行為の禁止

1 【問】 宅地建物取引士としての「信用又は品位を害するような行為」とは？

2 【答】

例えば、取引相手から宅地建物取引士が金を借りたり、コンサルタント料名目で、不当に高額な報酬を得る等の行為が該当するものと思われる。

また、土地建物の明渡しにあたって、自力救済を勧めるなど、不法行為を助長するような行動を行った場合も、上記行為に該当するものと思われる。

3 【問】 宅地建物取引士が「信用又は品位を害するような行為」を行った場合に、どのようなペナルティが科せられるのか？

【答】

1) 宅建業法上には、特に懲戒等に関する定めはない。

2) 罰則を定める規定もない。

3) ただし、宅地建物取引士が名義貸しを行ったり、宅地建物取引士として行う事務に関し不正又は著しく不当な行為をしたときは、都道府県知事は、宅地建物取引士に対し、必要な指示を行うことができる(法68条1項)。

4) さらに、都道府県知事は、指示に従わない場合には、1年以内の範囲で、宅地建物取引士としての事務を禁止することができる。

4 【問】 神奈川県内の宅地建物取引士が法68条1項各号の禁止行為を行った場合の不利益処分の程度は？

【答】 名義貸し(法68条1項1号,2号)を行った場合は90日,不正な事務(法68条1項3号)を行った場合は30日の事務禁止処分を科すことができる(神奈川県 宅地建物取引業者等の監督処分基準10条,別表2 <http://www.pref.kanagawa.jp/uploaded/attachment/762461.pdf>)。

なお、宅建業者の処分は公表されるが、宅地建物取引士の処分について公表する旨の定めはない。

第4 宅地建物取引業者による従業者の教育(第31条の2)の創設

1 宅地建物取引業者は、その従業者に対し、登録講習をはじめ各種研修等に参加させ、又は研修等の開催により、必要な教育を行うよう努めるものとする。

2 宅地建物取引の安全確保のために、宅地建物取引士が重要事項説明や契約締結時に交付する書面への記名押印を行うが、そこに至る過程では、宅地建物取引士の資格を有さない従業者が関与するため、これらの従業者にその役割を自覚させ、業務上必要な知識・情報等を提供する必要がある。

3 また、宅地建物取引士は、これらの従業者に対して必要な助言・指導を行うことが期待されている。

第5 免許等に係る欠格事由等の追加(法第5条1項及び66条1項)

1 近時の反社会的勢力排除の流れに沿って、「暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律第2条第6号に規定する暴力団員又は同号に規定する暴力団員でなくなった日から5年を経過しない者(以下「暴力団員等」という。)(法第5条1項及び第66条1項)が、宅建業の免許の欠格事由・取消事由として追加された。

2 同様に宅地建物取引士の登録の欠格事由および消除事由に「暴力団員等」が追加された(法第18条1項、第68条の2第1項)。

第6 宅地建物取引士証の提示に関する事項

1 宅地建物取引士証を提示する際(法22条の4,又は法35条4項),取引士証の住所欄については、シールで隠す等して、見えないようにしてよいことと

された（宅建業法の解釈・運用の考え方）。

- 2 取引士のプライバシー保護のためである。

第2章 宅地建物取引業法の適用範囲

第1 宅建業法における「宅地」とは？

- 1 「宅地」とは、建物の敷地に供せられる土地をいい、都市計画法（昭和四十三年法律第百号）第八条第一項第一号の用途地域内のその他の土地で、道路、公園、河川その他政令で定める公共の用に供する施設の用に供せられているもの以外のものを含むものとされている（法第2条1号）。

2 【問】

- 1) 農地である畑を耕作目的で購入する者に売却することを仲介する行為に、宅建業法の適用があるか？
- 2) 原野や山林をそのままの状態而建売業者に売却し、建売業者がこの土地を造成して分譲する計画であった場合、この原野・山林の売却は、宅建業法の適用があるか？
- 3) 農地について、宅地への転用許可が得られることを停止条件とする売買契約を締結することを仲介する行為に、宅建業法の適用があるか？
- 4) 太陽光発電設備設置のために、調整区域内の山林の土地賃貸借契約の仲介には、宅建業法の適用があるか？

3 【答】

- 1) 農地を農地として使用する目的で売却する場合は「宅地」の売買ではないので、宅建業法の適用はない。
- 2) 原野や山林を売却する場合に、決済引渡時は原野・山林のままであったとしても、その後、建物の敷地に供されることが予定されていた場合には、その原野・山林の売買も「宅地」の売買にあたり、宅建業法の適用がある。

- 3) 農地の売買について、転用許可を停止条件とする売買契約を締結することも、建物の敷地に供されることが予定された土地の売買であり、「宅地」の売買にあたるので、宅建業法の適用がある。

- 4) 太陽光発電設備は、通常の建物ではないので、この山林を宅地見込地ということとはできず、「宅地」の賃貸借にはならない。したがって、宅建業法の適用はない。

4 【解説】

- 1) 法第2条1号の「宅地」すなわち「建物の敷地に供せられる土地」とは、現に建物の敷地に供されている土地に限らず、広く建物の敷地に供する目的で取引の対象とされた土地（宅地予定地、宅地見込地）をいい、用途地域の内外を問わず、その地目、現況の如何を問わない（広島高裁岡山支判昭和39年10月8日、名古屋高判昭和45年8月27日他。業法の解釈・運用の考え方）。

- 2) 宅建業法は、住宅対策の一環として、宅地建物の合理的な利用を促進する目的で制定された。つまり、建物を建てる目的で土地を売買する際に、不動産取引の素人である買主が、不測の損害を被らないよう、宅建業者に重要事項説明義務等を課して、安全な取引を確保し、不動産取引を促進しようと考えたのである。

- 5 【問】 ゴルフ場のクラブハウスが建っている土地とコース全体の土地を一括で売却する取引は、「宅地」の取引にあたるか？

【答】

クラブハウスという建物が現に建っているが、ゴルフ場（コース）として利用する土地を売買するものであって、「クラブハウスを利用するためのゴルフ場の土地」を売買する訳ではないので、「建物の敷地に供せられる土地」の売買にはあたらないと考えられる（岡本正治・宇仁美咲、改訂版逐条解説・宅地建物取引業法56頁）。

但し、ゴルフ場以外の用途に供し、ク

ラブハウス以外の建物を新たに建てる予定がある場合や、ゴルフ場内にホテルが併設されている等、売却後の利用状況等によって、ゴルフ場全体が、建物を建てる見込みのある土地（宅地）と見なされる可能性もあるので、具体的な取引の状況に応じて、個別に判断する必要がある。

6【問】「都市計画法8条1項1号の用途地域内のその他の土地」とは？

【答】

- 1) 「建物の敷地に供される土地」に該当しなくとも、用途地域内の土地は、近い将来宅地化されるものとして、潜在的に建物の敷地となることが予定されていることから、取引にあたっては、建物の敷地とすることを目的とされていることが通常であり、別の目的で取引した場合でも、建物の敷地に供することを目的とする取引に対する規制と同じ規制をする必要があると考えられている。
- 2) 具体的には、第一種低層住居専用地域、第二種低層住居専用地域、第一種中高層住居専用地域、第二種中高層住居専用地域、第一種住居地域、第二種住居地域、準住居地域、近隣商業地域、商業地域、準工業地域、工業地域又は工業専用地域の中にある土地である。

第2 宅地建物取引業とは？

- 1 宅地建物取引業とは、宅地又は建物の①売買そのもの、②交換そのもの、③売買、交換又は賃貸の代理、④売買、交換又は賃貸の媒介を業として行うものをいう（法第2条2号）。
- 2 不動産賃貸業、不動産管理業は、宅建業ではない。賃貸管理業という場合に、客付行為を行う場合は、賃貸の媒介にあたるので宅建業となる。
- 3【問】多数回にわたって、個人が競売手続に参加して宅地建物を買受ける行為が法2条2号にいう「宅地建物の売買」にあたるか？

【答】

「業として行う」とは、「反復継続する意思をもって行うこと」の意味である。

また、競売手続は、代金を納付して所有権の移転を受けること、民法568条が競売手続について売買の瑕疵担保責任の適用があることを前提としていることに照らすと、「売買」と同視してよいと考えられる。

4【問】宅建業の免許を持たない個人が、他数回競売で宅地建物を競落し、購入した場合に、無免許営業罪で処罰される可能性があるのか？

【答】

- 1) 営利を目的として競売を繰り返せば、無免許営業罪が成立する可能性がある。
- 2) 最判平成16年12月10日(判時1881-138)は、宅建業の免許を持たない個人が35回にわたって宅地建物を競落し、17回にわたって転売したことで、約5500万円の差益を得た事案について、法79条2号、12条1項の無免許営業罪の成立を認めた。
- 3) その理由は、競売手続も、売買代金を納付して宅地建物の所有権の移転を受ける行為であるから、売買と同じであり、宅建業法の「宅地の・・・売買」から除外する理由はないからと考えられる（上記最高裁では理由は明示していないが、原審・原々審においてそのような判断をしている）。
- 4) この最判では、転売していない部分（競売で買い受けただけで保有している行為）についても、無免許営業罪の成立を認めているが、そうだとすると、転売目的がなく、資産を保有して運用したい個人（無免許）が、競売によって不動産を繰り返し取得することも許されない可能性があり、処罰の対象が広くなりすぎるという批判がある。

第3 海外の売主・買主との不動産取引と宅地建物取引業法

1 【問】

- 1) 海外所在不動産（宅地・建物）の売買
海外の所在する宅地・建物を日本で、日本人に売却する場合、この売買を仲介する行為や、自ら売主として売却する行為には、宅建業法が適用されるか？
- 2) 日本国内の不動産を海外で売買する場合
 - ① 日本の宅建業者が、中国に在住する中国人に、東京都内の投資用マンションを売却することになった。売主は、中国にいて、中国に出向いて物件の説明を行い、中国で売買契約書を交わし（契約書の準拠法は日本法を指定）、売買代金は中国から送金してもらうことになっているが、この売買について、宅建業法が適用されるのか？
 - ② 上記①の事例で、中国で売買対象物件の説明及び売買契約締結を行い、決済引き渡しは、日本で行う場合に、この売買について宅建業法が適用されるか？

2 【答】

- 1) 海外所在不動産（宅地・建物）の売買
海外に所在する不動産（宅地・建物）を日本国内で売買しても、宅建業法は適用されない。
例えば、マレーシアにある土地建物について、日本の宅建業者が日本国内で、売買の仲介を行ったとしても、宅建業法の適用はない。
- 2) 日本国内の不動産を海外で売買する場合
 - ① 物件説明から決済まで、全て外国で取引行為が完結する場合には、宅建業法は適用されないと解する余地はあるが、日本の宅建業者が行う場合には、実務的には、宅建業法の適用がありうることを前提に業務を行った方がよい。
 - ② 売買の取引に関する重要な行為が一部でも日本国内で行われる場合には、日本国内での売買や媒介にあたりと考

えられるので、宅建業法が適用されるものとする。

3 【解説】

- 1) 宅建業法第2条1号の「宅地」とは、日本国内の「宅地」とであると解されている。
これは、宅建業法が、日本国民の宅地及び建物の利用を促進することを目的として立法され、国内における住宅政策の一環として、国内における宅地建物取引の適正な運営を確保することを企図していることや、国法の効力は原則として領土外に及ばないことが理由とされている（東京高判昭和61年10月15日、判タ637-140）。
- 2) 但し、国交省より、下記のとおり、宅建業者が海外の物件を国内で取り扱う場合には、購入者等の保護に留意するよう求める通達が出されている。

「宅地建物取引業者が海外の物件を本邦内で取り扱う場合は、購入者の保護等に留意し、次の要領により業務を行うものとする。

1. 取り扱おうとする物件の所在地法等を十分理解し法令を順守するとともに、所在地法等の本邦内での適用が不明確な場合であっても適切な範囲で所在地法等による規制を尊重して業務を行うよう努めること。
2. 購入者等に対しては、物件の内容及取引の条件等について契約の前に丁寧な説明を行うよう努めること。」（国土動指第71号平成25年12月26日発国土交通省土地。建物産業局不動産課長）。
- 3) 行政法規の適用範囲は、日本領土外での行為には原則として及ばないが、法令の目的に照らして例外的に、国外の行為であっても、日本の行政法が適用される場合がある（例えば、海外出張先で労災事故があった場合に労働基準法が適用されること等）。

また、刑法の国外犯処罰規定(刑法2条ないし4条)や、独占禁止法のように、国外の行為に適用があることを条文上明らかにしている例もある。

宅建業法の目的は、前述のとおり、日本国内での宅地建物取引の適正を確保することを目的としているので、海外で取引行為の全部が行われている場合に、宅建業法が適用されないと解される余地はある。

しかし、不動産が日本国内に所在すれば、当然引渡や移転登記手続等、不動産取引の重要な部分が日本国内で行われるであろうから、全ての取引が外国で完結するとは言えない場合が多いと考えられる。

したがって、実務上は、日本の宅建業者が海外で日本の不動産売買の媒介等を行う場合には、宅建業法が適用されることを想定して業務を行った方がよいと考える。

- 4) なお、日本国内の不動産を海外で売却する行為について、宅建業法の適用があるか否かに関し争われた裁判例は見当たらなかった。

第4 媒介契約とコンサルタント契約の関係について

- 1 宅地建物取引業者が行う媒介契約とは？

- 1) 媒介とは、仲介、周旋・あっせんともいい、契約当事者(売主・買主、貸主・借主)の一方又は双方から委託を受けて、両社の間に立って売買、賃貸借等の契約の成立に向けてあっせん尽力する事実行為をいう。
- 2) 具体的には、当事者の委託を受けて、物件に関する権利関係、法令上の制限の調査、説明、価格の査定、売買条件の交渉を行い、契約成立に向けて尽力することになる。
- 3) 調査業務・価格の査定業務が、次のコンサルティング業務と重なるため、媒介

とコンサルティング業務の区別をどのように行うかが問題となる。特に、媒介契約については、媒介報酬の制限が適用されるが、コンサルティング業務には報酬の制限規定はないので、コンサルティング業務の報酬名目で請求した金額が、媒介報酬の制限を潜脱することにならないかという点で問題とされる。

- 2 不動産コンサルティング業務とは？

不動産コンサルティング業務とは、「依頼者との契約に基づき、不動産に関する専門的な知識・技能を活用し、公正かつ客観的な立場から、不動産の利用、取得、処分、管理、事業経営及び投資等について、不動産の物件・市場等の調査・分析等をもとに、依頼者が最善の選択や意思決定を行えるように企画、調整し、提案する業務」と定義されている(不動産コンサルティング制度検討委員会 委員長田中啓一「不動産コンサルティング制度検討委員会報告書」(平成11年9月21日))。

- 3 【問】

宅建業者Aが、予算1億円で共同住宅の建築による不動産賃貸事業を立案し、顧客Bに土地の購入を勧めた。Bは、宅建業者Aに、計画に見合う土地の紹介と、その売買(土地売買価格4000万円)の仲介を依頼した。宅建業者Aは、計画に相応しい土地と発見し、Bに紹介して売買の媒介を行い、Bから仲介報酬(売買価格の3%+6万円+消費税)を得た。Bは、その後、建設会社と設計の打合せを行い、建設会社に対し、設計・施工の報酬総額6000万円でアパートの建設工事を発注した。

宅建業者Aは、Bに対して、共同住宅の建築計画の立案の業務について、媒介報酬の他に、コンサルタント業務報酬を請求することができるか？

なお、コンサルティング業務契約書は作成されていない。

- 4 【答】

土地の購入のための仲介業務を受託する

ことを前提とする提案業務については、その対価は仲介業務の報酬に含まれているとすべきであり、別途コンサルティング業務報酬は請求できないと考えるべき。

5 【解説】

1) 顧客に不動産購入を促すための事業計画の立案については、不動産売買の仲介受託の勧誘のために一般的に行われる営業活動と言える。したがって、顧客は、その立案について、仲介業務とは別個独立の対価・報酬の支払義務が発生するとは想定していないと解するのが合理的である。

したがって、本件のように、仲介業務を受託すること想定して、賃貸事業計画を立案したと言える場合には、仲介業務の報酬とは別に、コンサルティング業務報酬は請求できないと考えるべきである。

2) 仮に、計画の立案業務について、顧客から積極的に立案を依頼され、かつ、その立案の過程において、調査・情報収集業務に相応の手間がかかり、一般的なアパート賃貸事業とは異なる、特別な付加価値のある提案を求められたような場合には、立案時点では、具体的な仲介業務の委託を前提としない、もしくは、仲介業務と分離独立した業務であるとして、別途報酬を請求できる場合もありうる。

しかし、その場合でも、計画立案業務の受託時に、予め業務内容・範囲やそれに対する報酬を明確にして書面化し、コンサルティング契約書を作成した上で業務を行うべきである。

3) 前掲不動産コンサルティング制度検討委員会報告書では、宅建業の報酬とは別に、不動産コンサルティングによる報酬を受領する際の要件として、以下の項目が挙げられている。

① 内容に関する要件

a. 宅建業務からの分離・独立

不動産コンサルティング業務は、

不動産に係る依頼者の意思決定のための助言・提案を行う業務として、宅建業務である不動産の売買・交換や売買・交換・賃貸者の代理・媒介業務から分離・独立したものであること。

b. 他業務の受託前提の排除

不動産開発業務や管理業務などと業務範囲を異にし、かつ、これらの業務の受託を前提としない固有の業務であること。

c. 新たな付加価値

不動産コンサルティング業務は、その成果物について依頼者が報酬を支払うに値する、新たな付加価値が認められる内容であること。

② 手続に関する要件

a. 事前説明

不動産コンサルティング業務の受託にあたっては、依頼者に対して事前に業務の範囲・内容、費用・報酬額の見積書等を提示して説明し、報酬の支払いに関して依頼者の理解と納得を得ること。

b. 契約締結

不動産コンサルティング業務を受託するときは、業務委託契約を書面で締結し、かつ、その契約書には業務内容および費用・報酬額が明示されていること。

c. 成果物の書面化

不動産コンサルティング業務受託の成果物は、企画提案書等の書面で交付し、説明すること。

第3章 重要事項説明義務・書面交付義務の概要

第1 重要事項説明義務（法35条）

1 重要事項説明義務の根拠

1) 【問】

宅地の売買について、売主・買主双方が宅建業者である場合、買主業者が「物件は自分で調査したから重要事項説明は必要ない。」と言っている。売主業者は、重要事項説明書を作成して説明しなくてもよいか？

2) 【答】

業者間売買その他、取引の相手方が宅建業者であっても、法35条が適用され、重要事項説明義務は免除されない（業法78条2項）。

3) 【解説】

① 宅地建物取引は、宅地建物が国民の生活や経済活動の基盤となる重要な財産であり、価額も高額であることから、宅建業者の不正・不当な取引行為によって買主等が多大な損害を被るだけでなく、宅地建物取引業や宅建業者に対する社会的な信頼を失わせ、宅地建物取引の流通の円滑化自体を阻害してしまう。

② そこで、宅建業者に法35条1項各号に定める事項を事前に説明する義務を課し、買主等が契約内容を十分理解した上で契約締結行為に入れるようにし、これによって宅地建物取引の公正を確保し、宅地建物取引業の健全な発達を促進し、宅地建物取引の円滑化を図っている。

③ 法35条は、消費者保護のみを目的とするものではなく、広く宅地建物取引の公正を確保することによって、宅地建物の需要者を保護することを目的としているので、宅建業者間の取引の場合でも、適用される（法35条、78条2項参照）。

2 重要事項説明義務の範囲について

1) 法35条に定める重要事項は限定列举か例示列举か？

① 宅建業者は、法35条1項各号に掲げられた事項以外の事項についても、個々の取引において買主等が契約を締

結するか否か、その取引条件で契約を締結するか否かの判断に影響を与える重要な事項についても説明すべき義務を負う（大阪高判平成16年12月2日判タ189-275、東京高判平成13年12月26日判タ1115-185）。

② 法35条1項では、法文上「少なくとも次に掲げる事項について、これらの事項を記載した書面（第五号において図面を必要とするときは、図面）を交付して説明をさせなければならない。」と定められており、文言上も同条項に列举された事項以外のものが重要事項とされる場合があることを示している。

③ また、宅地建物の取引の公正を確保し、買主等が損害を被ることを防止するためには、その取引目的、用途等、個々の取引の事情に照らして、買主等の意思決定に影響を与える事情について、不動産取引の専門家である宅建業者が調査して、買主等に説明する必要がある。

④ そこで、法35条1項は、重要事項を例示列举したものと解され、列举された事項以外の買主等の判断や意思決定に影響を与える重要な事項について、宅建業者は説明義務を負うものと解されている。

⑤ 列举事項以外のいかなる事項が重要事項であるかは、個々の取引における買主等の取引の目的、物件の性状・対象、当事者の属性（職業等）、取引経過等を勘案して、当該取引において買主等によって契約を締結するかどうかの判断に影響を与えるか否かによって判断することになる。

2) 重要事項説明義務と調査義務の範囲

① 法35条1項各号の列举事項について

これらの事項は、買主等の取引の目的に関わりなく、また、質問・調査要

求の有無にかかわらず、宅建業者は調査して説明すべき義務を負う。

② 法35条1項各号以外の事項について

法35条1項各号以外の事項について、宅建業者に調査義務があるか否かは、個々の取引における個別的な事情に照らして、個々具体的に検討する必要がある。

3 物件の瑕疵と宅建業者の調査義務

1) 【問】

宅建業者は、土地建物の売買の仲介を行うにあたって、物的な瑕疵の有無を調査して説明すべき義務を負うか？

2) 【答】

① 宅建業者は、物的な瑕疵の有無について積極的に調査して発見して説明すべき義務までは負わない。つまり、隠れた瑕疵について、調査する義務は負わないということである。

② しかし、瑕疵の存在を疑わせる事情を把握している場合には、買主等にその事情を告げて、調査を促す等の義務を負う。

また、物件の外観を目視して容易に気づくような瑕疵（雨漏りを疑わせるシミや建物の大きな傾き、壁等の亀裂など）が存在するのに、宅建業者がそれを見落として買主等に対する説明を怠った場合には、宅建業者が重要事項説明義務違反の責任を負うことになる。

③ 土地の売買の媒介において、媒介業者が当該土地は水分が多くて軟弱であり、沈下を起こしやすい地盤であるという程度の認識をしていれば、これを説明すべき義務があると判示した裁判例がある（東京高判平成13年12月26日判タ1115-185）。

4 売主（非宅建業者）の説明義務と仲介を担当する宅建業者の重要事項説明義務との関係

1) 【問】

宅建業者でない売主は、自宅土地建物を売却するために、宅建業者に仲介を依頼したが、その際、隣人がひどいクレマーで、布団に水を掛けられたりして、町内会長や警察を呼んで注意してもらった等のトラブルがあり、近隣問題に悩まされていたことを説明した。宅建業者は、この近隣問題について十分な説明をしないまま、買主に自宅土地建物を売却した。

その後、買主が転居の準備をしていたところへ、隣人から「お前も前の所有者みたいに追い出してやる」などと言われて、ホースで水を掛けられる等の被害に遭い、入居を諦めた。

① 売主は、買主に対して、直接近隣問題を説明しなかった場合に、説明義務違反の責任を問われるのか？

② 売買契約当日、買主から売主に対して、直接「近隣関係には何か問題ありませんか。」と問われたのに、売主が説明をしなかった場合はどうか？

2) 【答】

① 隣人が目的不動産の所有者に対して悪質な嫌がらせ行為を行っていたという事実については、当該土地建物を買うか否かの判断に影響を与える重要な事項であり、仲介業者は買主に対して重要事項説明義務（法35条）又は告知義務（法47条1項1号ニ）を負う。

② 仲介業者が隣人の嫌がらせ行為の有無を積極的に調査する義務は負わないが、嫌がらせ行為について具体的な事実を知っていた場合には、これを買主に説明しなかった場合には、重要事項説明義務違反又は告知義務違反の責任を負うことになる。

③ 売買の仲介に宅建業者が入っている場合、宅建業者でない売主は、重要事項説明義務は、仲介業者が履行することを期待してよい立場にある

ので、原則として買主に対して直接の重要事項の説明義務を負わない。重要事項にあたりうる事情については、仲介を担当する宅建業者に説明すれば、売主としての説明義務は履行していると考えてよい（大阪高判平成16年12月2日判時1898-64）。

- ④ しかし、買主から直接売主に対して、質問がなされた場合に、虚偽の回答をしてはならないことは当然のこととして、買主の判断に影響を与える事項を知りながらこれを秘匿して、買主に当該事項が存在しないとの誤解を招かせた場合には、売主としての説明義務違反の責任を負うこととなる。

5 売主宅建業者・仲介業者・共同仲介業者の関係

1) 【問】

上記4・1)の事例において、売主が旧所有者から宅地建物を買取った宅建業者であり、売主側仲介業者・買主側仲介業者が売買に関与していた。

売主は、売主側仲介業者を通じて、買主側仲介業者に、従前の所有者が隣人から酷い嫌がらせを受けたことを理由に、自宅を売却することになった事情を買主側仲介業者に伝えていた。

しかし、買主側仲介業者は、売買契約締結時に物件状況報告書を作成する際、特記事項において「隣人から騒音に対するクレームが出たことがあった。」との記載を行ったのみで、過去旧所有者が受けた隣人からの嫌がらせの内容については、あまり詳しく説明すると問題になってしまうことを恐れ、具体的な説明まではしなかった。

買主が後日入居しようとしたところ、上記4・1)の事例のように、隣人から嫌がらせを受け、入居を断念した。

この場合、売主・売主側仲介業者・買主側仲介業者は、それぞれどのような責

任を負うのか？

2) 【答】

① 買主側仲介業者の責任

- a. 買主が被る可能性のある不利益な事実についての重要事項説明義務又は告知義務を尽くしたと言えるためには、その不利益の内容を買主が理解し、売買契約を締結するか否かについての判断材料として検討できる程度に具体的な説明がなされる必要がある。
- b. 仲介業者が隣人の嫌がらせ行為に関する具体的な事実を知っていながら、その内容を説明せず、抽象的に「騒音に対するクレームが出たことがあった」としか告げず、過去の酷い嫌がらせ行為や隣人とのトラブルに関する具体的な説明を行わなかった場合には、買主が被る可能性のある具体的な不利益について、認識することができず、売買契約を締結できるか否かの判断の材料として十分な検討が出来ないのだから、重要事項説明義務又は告知義務を尽くしたとは言えない。
- c. なお、仲介業者が重要事項説明義務・告知義務といった宅建業法上の義務の履行として、隣人の名誉を毀損する内容の説明をしたとしても、宅建業法の義務に従った正当行為（刑法35条）であり、名誉毀損罪は成立しないし、民法上の不法行為にもならない。

したがって、宅建業者が「名誉毀損にあたるから説明しない」と考えること自体が誤りである。

② 売主側仲介業者の責任

- a. 上記①と同様、共同仲介の立場にある売主側仲介業者も重要事項説明義務違反・告知義務違反の責任を負う。
- b. 売主側仲介業者は、買主側仲介業

者に説明したとしても、①重要事項説明書に、嫌がらせ行為に関する具体的な記載がないことや、②買主が売買契約当日に質問している内容からすれば、買主が買主側仲介業者から十分な説明を受けていないことを把握できたはずであるから、売主側仲介業者自らの義務として、重要事項説明・告知義務を尽くすために、その場で、過去の嫌がらせについての具体的な内容を説明すべきであった。

c. なお、売主側仲介業者が買主側仲介業者に具体的な事実を伝えたとしても、買主側業者が買主に説明をしなかった場合には、結局、取引の相手方に対して、重要事項説明が行われなかったことに他ならず、売主側仲介業者自身の説明義務が尽くされていないことになる。

d. 他の宅建業者が行った重要事項説明の内容や説明方法に虚偽、誤り、誤認を与えるような表現等があり、正確性を欠いた場合には、その説明を行った宅建業者のみならず、他の宅建業者も重要事項説明義務に違反することになり、指示等の処分の対象になるとともに、買主等の損害を与えた場合には、各宅建業者が連帯して賠償すべき義務を負うことになる（不真正連帯債務の関係にあると判示した裁判例、前掲大阪高判平成16年12月2日、大阪高判昭和58年7月19日、東京地判平成21年4月13日等）。

③ 売主（宅建業者）の責任

売主自身も、上記②と同様、宅建業者として重要事項説明義務・告知義務を負う以上、買主に対して、これらの義務違反の責任を負うことになる（前掲大阪高判平成16年12月2日）。

6 売買契約における重要事項説明義務違反

による民事上の責任追及に関する法律構成について

1) 売主が宅建業者である場合

① 宅建業者である売主は、買主に対し、信義則上の義務（民法1条2項）として、売買契約を締結するか否かの判断に影響を与える事項について説明義務を負うとされている。

② 買主は、信義則上の義務違反にあたる説明義務違反が不法行為を構成するものとして、不法行為に基づく損害賠償請求を行うこととなる。

2) 販売代理業者である場合

① 販売代理業者は、買主に対し、信義則上の義務として、売主と同様に売買契約を締結するか否かの判断に影響を与える事項について説明義務を負うとされている（最二小判平成17年9月16日判タ1192-256）。

② 上記1)と同様、不法行為に基づく損害賠償請求を行うこととなる。

3) 媒介業者である場合

① 媒介契約の委託者との関係では、宅建業者は、受託者として善良な管理者としての注意を持って、媒介業務を行う義務を負い、その内容として誠実かつ適正に買主への説明を行う義務を負う。また、売主側の媒介業者として媒介業務を受託した宅建業者は、媒介契約を締結していない買主との関係においても、業務上の注意義務を負っており、その内容として説明義務を負う（最二小判昭和36年5月26日民集15・5・1440）。

② 媒介契約の当事者であれば、媒介契約上の善管注意義務違反（債務不履行）又は不法行為を理由に、媒介契約の当事者でない宅建業者に対しては、不法行為を理由に、それぞれ損害賠償請求を行うこととなる。

7 重要事項説明の方法・程度について

1) 電話を利用した遠方の取引の相手方へ

の説明

①【問】

横浜の投資用マンションを分譲販売する業者が、福岡の買主に対して売却する際、重要事項説明書を事前に郵送し、宅地建物取引士が電話で重要事項説明の内容を説明し、その後売買契約書を送付するという手順で、マンションを売った。

このような重要事項説明の方法は許されるか？

②【答】

- a. 少なくとも法35条4項の宅地建物取引士証の提示がない点で、重要事項説明の方法としては違法となる。
- b. また、法35条1項には、「これらの事項を記載した書面（第五号において図面を必要とするときは、図面）を交付して説明をさせなければならない。」と定められ、説明の相手方に書面を交付して説明すること、つまり、面前で説明することを想定しているものと解されることから、少なくとも、重要事項説明書や図面の該当箇所を指し示す等して、取引の相手方に内容を理解させることができる環境にない説明方法は、許容されていないと解するべきである。
- c. なお、テレビ電話やテレビ会議システムを用いた説明については後述の重要事項説明のIT化で検討する。
- d. 宅建業法35条が、重要事項説明を取引の相手方の面前で行うことを想定していると考えられる理由は、上記の条文上の文言のほかに、①説明すべき重要な事項は、内容が高度かつ複雑のものもあり、取引の相手方との質疑応答を容易に行うことができる状況であることや、②説明箇所・図面を参照する際に、取引の相手方

が誤解なく該当箇所を参照しているか確認可能な状況にあることが必要であること等を上げることができる。

2) 重要事項説明の程度について

① 単に重要事項説明書を朗読したり、一方的に読み上げるだけでは足りず、説明の相手方が判断又は意思決定できる状態にまで理解させる必要があるとされている（前掲改訂版逐条解説宅建業法405頁）。

② 青田売りのマンション等未完成建物についての説明

- a. 青田売りマンションとは、建物完成前に売却する新築マンションのことを言う。
- b. 青田売りマンションの場合、売買契約締結時点では、売買の目的物が存在せず、したがって、買主は実際の対象物件を見分せず購入するので、完成引き渡しの時点になって、想定していた物件の性状と異なる等としてトラブルになりやすい。
- c. そのため、青田売りのマンションの売買にあたっては、売主（通常宅建業者）は、購入希望者に対し、実物を見聞できたのと同程度にまで説明する義務があるとした裁判例（大阪高判平成11年9月17日7判タ1051-286）や、売主は、購入希望者に対し、販売物件に関する重要事項について可能な限り正確な情報を提供して説明する義務があり、とりわけ、居室からの眺望をセールスポイントとしているマンションでは、眺望に関係する情報が重要事項となり、可能な限り正確な情報を提供して説明する義務があるとした裁判例（福岡地判平成18年2月2日判タ1224-255）がある。

第2 重要事項（法35条）と告知事項（法47条1号）の関係

1 【問】重要事項説明義務（法35条）と告知義務（法47条1号）の違いは？

【答】

1) 規制の趣旨の違い

① 重要事項説明義務は、法35条に定められた事項について、買主等の質問等や調査要求がなくても、法律上当然に宅建業者が積極的に調査・説明すべきことを義務づけたものである。

② 告知義務は、宅建業者に対し、法47条1項の事項について、故意による重要な事項の不告知、不実告知を禁止することで、詐欺的な行為を排除する趣旨で定められたものである。

2) 保護の対象者

① 重要事項説明の対象者は、宅建業者の相手方等のうち、買主・借主・交換により宅地建物を取得する者に限られる（法35条1項本文）。

② 告知義務の対象者は、「宅地建物取引業者の相手方等」であって、売主、貸主も含まれる。

3) 主観的態様

① 法35条1項各号の事項について、宅地建物取引士の説明が誤っていたり、不十分、不適切な場合には、宅建業者の故意・過失といった主観的態様に関係なく、法35条1項違反となる。なお、民法上の損害賠償義務を負うかどうかの問題については、宅地建物取引士及び宅建業者の故意・過失が必要となる。

② 法47条1号は、宅建業者が「故意に」重要な事実を告げず、又は、事実でないことを告げる行為を禁止しているので、その対象は「故意」による行為となる。

4) 行為態様（書面交付の可否等）

① 重要事項説明義務

a. 説明とは、相手方が判断又は意思決定できる状態にまで理解させる行為のことをいう。

b. 重要事項説明は、宅地建物取引士が重要事項説明書を交付して行うことが義務づけられている。

② 告知義務

a. 告知とは、事実を告げて知らしめることであり、その内容の説明までは要せず、相手方が一定の事実を認識しうる状態に置くことで足りる。

b. 告知義務については、書面によることは要求されていない。したがって、口頭で重要な事実を告知していれば、告知義務違反の問題にはならないが、それが法35条の重要事項にも該当する場合には、重要事項説明書によって説明すべき事項となる。

また、告知義務違反の主体は、宅建業者とされているため、宅地建物取引士の資格の有無は関係なく、その従業員の行為について問題となる（大成出版社・改訂版逐条解説宅地建物取引業法P660）。

5) 罰則の有無

① 重要事項説明義務違反には、罰則はない。

② 告知義務違反には、罰則が定められている（法80条）。

重要な事項について、口頭で告知はしたが、重要事項説明書に記載せず、説明を怠ったような場合には、告知義務違反による処罰は受けない（東京高判昭和58年10月26日 高等裁判所刑事裁判速報集昭和58年170頁）。

6) 重要事項説明義務の履行時期と、告知義務の履行時期

① 重要事項説明は、契約締結前に実施することが義務づけられている。逆に言えば、契約成立後にいくら懇切丁寧に説明したとしても、契約締結前の重

要事項説明義務を履行したことにはならない。

但し、宅地建物取引士や宅建業者が民事上の損害賠償義務を負うか否かの問題については、契約締結前に説明できなかったことに故意過失が認められず、また、契約締結後に速やかに説明を行ったことによって、過失責任を免れる場合もあるため、実務上は、契約締結後に判明した重要事項について、追加重要事項説明書を交付して説明を行うことも多い。

- ② 告知義務については、契約締結前、締結後といった時期の定めは無く、契約締結前から、決済引き渡しによる取引完了までの間（つまり、宅地建物取引業としての行為の全般にわたって）、義務を負うことになる。

したがって、契約締結後に知れた重要な事項については、告知義務の対象となる。

例. 宅地建物の売買契約締結後、決済引き渡しに至る前に、向かいのビルに、暴力団事務所が引っ越してきた場合に、この売買の仲介を担当した業者がこの事実を知ったときは、買主に当該事実を告知しなければならない。

第3 契約成立時書面の交付（法37条）

- 1 宅建業者に契約成立時の書面交付義務が課された趣旨

- 1) 売買・交換・賃貸借は諾成契約であり、書面によらなくても契約は成立するが、取引に係る契約内容を明確にし、紛争を防止するために、宅地建物の取引については、契約内容を記載した書面の作成交付が義務づけられた。

なお、37条書面は、当事者が署名押印した契約書ではなくてもよいが、実務上は、宅建業者が契約書を作成交付することで37条書面の交付義務を

履行している。

- 2) かつては、委託者との関係で、宅建業者が契約書の送付義務が課せられていた。

これは、宅建業者が真実の売買価格等を委託者に秘匿して、不正な利益を得ることを防止する趣旨によるものであったが、その後上記の紛争防止等の趣旨も考慮され、交付対象者が以下のとおり拡大された。

- ① 宅建業者が契約当事者である場合は、取引の相手方。
 ② 宅建業者が契約当事者を代理する場合は、取引の相手と、代理の委託者。
 ③ 売買の媒介の場合は売主及び買主、賃貸の媒介の場合は貸主及び借主など、取引の当事者に対して交付することとされた。

- 2 書面交付時期

- 1) 宅建業者が契約を締結したとき、媒介して契約が成立したときは、「遅滞なく」37条書面を交付しなければならない。
 2) 「遅滞なく」とは、「直ちに」、「速やかに」よりも即時性は弱い、紛争防止の趣旨に照らせば、事情の許す限り早くとの意味と解されている（大成出版社・改訂版逐条解説宅地建物取引業法P548）。

- 3 37条書面の記載事項

- 1) 売買・交換の場合

- ① 当事者の氏名（法人にあつては、その名称）及び住所
 ② 当該宅地の所在、地番その他当該宅地を特定するために必要な表示又は当該建物の所在、種類、構造その他当該建物を特定するために必要な表示
 ③ 代金又は交換差金の額並びにその支払の時期及び方法
 ④ 宅地又は建物の引渡しの時期
 ⑤ 移転登記の申請の時期
 ⑥ 代金及び交換差金以外の金銭の授受に関する定めがあるときは、その額並びに当該金銭の授受の時期及び目的

- ⑦ 契約の解除に関する定めがあるときは、その内容
 - ⑧ 損害賠償額の予定又は違約金に関する定めがあるときは、その内容
 - ⑨ 代金又は交換差金についての金銭の貸借のあつせんに関する定めがある場合においては、当該あつせんに係る金銭の貸借が成立しないときの措置
 - ⑩ 天災その他不可抗力による損害の負担に関する定めがあるときは、その内容
 - ⑪ 当該宅地若しくは建物の瑕疵を担保すべき責任又は当該責任の履行に関して講ずべき保証保険契約の締結その他の措置についての定めがあるときは、その内容
 - ⑫ 当該宅地又は建物に係る租税その他の公課の負担に関する定めがあるときは、その内容
- 2) 賃貸の場合
- ① 当事者の氏名（法人にあつては、その名称）及び住所
 - ② 当該宅地の所在、地番その他当該宅地を特定するために必要な表示又は当該建物の所在、種類、構造その他当該建物を特定するために必要な表示
 - ③ 宅地又は建物の引渡しの時期
 - ④ 契約の解除に関する定めがあるときは、その内容
 - ⑤ 損害賠償額の予定又は違約金に関する定めがあるときは、その内容
 - ⑥ 天災その他不可抗力による損害の負担に関する定めがあるときは、その内容
 - ⑦ 借賃の額並びにその支払の時期及び方法
 - ⑧ 借賃以外の金銭の授受に関する定めがあるときは、その額並びに当該金銭の授受の時期及び目的
- 4 宅地建物取引士による記名押印
- 1) 法37条書面を作成したときは、宅建業者は、宅地建物取引士に記名押印させ

る義務を負う（法37条3項）。

- 2) 法37条書面の交付義務は、宅建業者が負い、記名押印の義務は宅地建物取引士に課せられているが、実務上は、宅建業者が当該書面を交付した事実を証するために、宅建業者の名称等の表示（記名）と、宅地建物取引士の記名押印を行うことになる。

- 3) 【問】複数の宅建業者が取引に関与した場合、法37条書面を実際に作成した業者・宅地建物取引士の記名押印のみで足りるか、他の業者も記名押印する必要があるのか？

【答】

取引に関与した宅建業者が、それぞれ法37条書面の交付義務を負うのであるから、理論的には、関与した業者全部が名称等を記載し、さらにそれぞれの宅地建物取引士に記名・押印させる必要があると解される（前掲改訂版逐条解説宅地建物取引業法555頁）。

- 4) 【問】売買契約書や賃貸借契約書を公正証書で作成した場合、当該契約書には、宅建業者やその宅地建物取引士の記名・押印を行うことができないが、どうしたらよいか？

【答】

法37条書面を公正証書とは別に作成し、宅建業者が記名し、宅地建物取引士に記名・押印させて交付する必要がある。

- 5 法37条書面交付義務違反に対する措置
 - 1) 書面交付義務違反（1項、2項違反）は、指示処分、業務停止処分の対象となり、情状が特に重いときは、免許の取り消し処分を受ける（法65条1項、3項、2項2号、4項2号、66条1項9号）。
 - 2) 宅地建物取引士に記名・押印させることの義務違反（3項）は、指示処分の対象となる（法65条1項、3項）。
 - 3) 法37条に違反した場合は、その宅建業者は50万円以下の罰金に処せられる

(法83条1項2号)。

第4章 重要事項説明のIT化

第1 重要事項説明のIT化とは？

- 1 宅地建物取引業法第35条により、宅建業者は、宅地建物の買主等に対して、
 - ①宅地建物取引士（取引主任者）をして、
 - ②重要事項を記載した書面を交付して、
 - ③重要事項の説明をさせることを義務づけられている。

- 2 このように対面で行われることが想定されている重要事項説明について、インターネット等の技術を用いて、対面によらない方法での重要事項説明を可能とするのが、重要事項説明のIT化である。

以下、この章では、重要事項説明のことを「重説」、インターネット等の技術を用いて行う重説を「IT重説」という。

第2 重要事項説明のIT化は、どのように導入されるのか？

- 1 平成27年8月31日より、IT重説の社会実験が開始され、登録業者246社が「賃貸取引」・「法人間取引」に限って、テレビ会議やテレビ電話など、動画と音声と同時に、かつ、双方向でやりとりできるシステムを使って、対面によらない重説を実施することとなった。

なお、この場合でも、重要事項説明書及び37条書面は、電磁的記録によって交付することはできず、書面による交付が必要であるとされている。

- 2 具体的手順は以下のとおり。
 - 1) 重要事項説明書の事前送付
 - 2) IT重説実施に関する同意書の取得（借主・買主のみならず、売主・貸主からも取得）
 - 3) 説明の相手方が利用しようとするIT環境の確認
 - 4) 録画・録音の実施（重説実施中の録画

・録音が義務づけられている)

- 5) 説明の相手方側の端末による表示などの確認（画像が明瞭か、音声聞き取れるか等）
 - 6) 宅地建物取引士証の提示（説明者と取引士証の顔が一致していることを確認してもらう）
 - 7) 説明の相手方の本人確認（運転免許証等を画面に表示してもらい、後にコピーを提供してもらう）
 - 8) IT重説の実施

なお、相手方から中止の要請があったり、図表等の説明が困難であったりして、説明が理解してもらえない状況が生じたり、システムトラブル等の事態が生じた場合には、IT重説を中止する。
 - 9) IT重説完了の同意（質問事項がなく、説明を終了することを確認し、同意を得る）
 - 10) アンケートの実施
 - ① IT重説を受けた相手方よりアンケートに回答をしてもらい、その結果を国交省に報告する。
 - ② IT重説を行った宅地建物取引士にもアンケートを実施し、国交省へ報告する。
 - 11) 録画データ等の保存
 - 12) IT重説実施を国交省へ報告する。
- 3 実施後、半年に1回程度、検証のための検討会が行われる予定。

第3 なぜ、重要事項説明のIT化が検討されることになったのか？

- 1 平成25年6月14日、世界最先端IT国家創造宣言を閣議決定され、アナログ社会を前提とした制度から、デジタル社会を前提とした制度へ見直すべく、対面、書面交付が前提とされていたサービスや手続きの精査・検討を行い、IT利活用の裾野拡大のための規制制度改革集中アクションプラン（平成25年12月20日IT総合戦略本部

決定)を策定し、「インターネット等を利用した、対面以外の方法による重要事項説明について、具体的な手法や課題への対応策に関する検討を行う」とされた。

- 2 ITを活用することによって、遠隔地に居住する買主等の移動の負担が軽減されることや、重説を受けるために十分な時間が取れない買主等にとっての利便性を考慮して、対面によらないで重説を実施する場合のメリット・デメリット、克服すべき課題などが検討されることになった。

第4 重要事項説明のIT化を検討するにあたって問題となる事項

- 1 宅建業法上、対面及び書面を交付して行うことが義務づけられている以下の業務があり、これらの業務をインターネット回線等を通じたテレビ会議システムを活用して行ってよいか問題となる。
 - 1) 媒介契約成立後の書面交付(法34条の2)
 - 2) 契約締結前における取引の相手方等への重要事項の説明及び重要事項説明書の交付(法35条)
 - 3) 契約成立時書面の交付(法37条)
 - 4) 宅地建物取引士証の呈示(法22条の4、35条4項)
- 2 特に、宅建業法が定める各種書面の交付義務については、電磁的記録による提供が条文上認められていないので、現行法下では、インターネット上で宅建業務を完結することはできない。

第5 重要事項説明の要素との関係

- 1 重要事項説明義務が尽くされたというためには、以下の要素が必要であるとされている。
 - 1) 宅地建物取引士により重要事項説明が行われ、取引士証が提示されること
 - 2) 重説を受ける者が買主・借主等になろうとする本人であること
 - 3) 取引士が、取引の判断に必要となる事

項を重説の相手方に伝達すること

- ① 宅建業法第35条第1項に定める取引物件に関する私法上の権利関係、法令上の制限、取引条件等の事項及び同項に定めるもの以外で、取引の動機、目的、買主の知識等を踏まえ、契約の判断に必要な事項についての伝達をすること
 - ② 重説に必要な図面等の資料の内容が、取引の相手方において視認できること
- 4) 取引士と重説を受ける者とのやり取りに十分な双方向性があること
 - ① 取引士が、重説の際に相手方が実際に説明を聞き、資料を見ていることや、説明内容について説明を受ける者に誤解の無いことを確認し、適切に説明できること(説明と告知とは異なる)
 - ② 取引の相手方に図表等を示して説明する場合、又は、相手方から図表について質問がある場合に、取引主任者と相手方が説明内容と資料間の関係について誤認や齟齬を生じないように、取引主任者が適切に説明できること
 - ③ 消費者等の取引の相手方が、疑問点を取引主任者に対して提起し、これに対して、取引主任者が回答できること
 - ④ 重説の結果、当事者間に取引内容の認識に齟齬があることが判明した場合には、適宜、重要事項説明書の訂正等が行えること
 - 5) 重要事項説明書に宅建業者が記名押印をし、交付すること

説明を受けた者の署名押印を得ることも実務上必要となる。
- 2 現行制度の運用における物理的対面での説明

以上1)~5)の法律上の要請を満たすため、現在、宅建業法の運用においては、取引士が重説を受ける者に物理的に対面して、取引主任者証を「提示」し、重説を行

うよう求めている。

国土交通省が発出した「宅地建物取引業法の解釈・運用の考え方（平成13年国土交通省総動発第3号）」において、取引士証の提示方法として胸に着用することや、現場での重説を推奨しているのも、対面での重説を前提としたものである。

- 3 前記検討会では、以上の要素については、宅建業者及び取引の当事者が相応の解像度を備えたテレビ電話・テレビ会議システムを利用することでも満たすことができるとされている。

第6 現行法においてもIT重説が適法であるとの意見

法改正がなくとも、現行法下でIT重説が法35条に反しないとする以下の意見がある。

- 1 宅建業法35条、同法施行令、同法施行規則には、重説を「対面」で行うことを明示的に義務づけている規定は存在しない。
- 2 従来の解釈は、取引主任者が重要事項説明書の内容を十分理解した上で、買主等からの質問があればこれに十分対応できる状態で行うこと、取引主任者証を呈示することを同時に実施する方法として、対面によることしか考えられなかったことを前提としているが、現在はインターネット（テレビ電話等）を利用して、対面によるのと同じ状態を実現することが可能である。
- 3 したがって、インターネット等を利用した重説も適法と解すべきであるという意見である。

第7 重要事項説明のIT化に関する関係者等の意見

- 1 肯定的意見
 - 1) 国内遠方や海外居住者の顧客に対する契約手続きの迅速化、営業費用の負担軽減になる（宅建協会）。
 - 2) 宅建業者同士であれば、多少ニーズがあるのではないかと（宅建協会）。

- 3) 経済のグローバル化や取引内容の変化等により必然と考え、肯定的に捉える。但し、トラブル増加等の懸念もあるので慎重に検討を進めるべき（都道府県）。
- 4) 時代の流れに沿うべき。個人情報については十分に注意の必要があるが一般的なものの説明資料としては活用すべき（都道府県）。
- 5) 最近インターネットの普及に伴って、海外在住者や国内でも相当な遠隔地居住者からの問い合わせも増えている。近い将来には現在当たり前に行われているネット通販のように、より手軽に契約を行いたいとの要望が高まるのではないかと（都道府県）。
- 6) 対面でなくとも、双方が重説を確認することが出来る環境であれば、インターネット等の活用により説明は可能であり、特に業者間説明の場合は比較的問題は少なく行えると考え（都道府県）。
- 2 否定的意見
 - 1) 本人以外のなりすまし（取引時の本人確認が困難）、重説に対する顧客の理解不足による後々のトラブル増加が懸念される（宅建協会）。
 - 2) 消費者サイドとの間に錯誤や誤解が生じ、トラブル発生の原因になる。取引主任者による説明、記名押印等が担保されない恐れがある。従業員の長時間労働、深夜労働の恐れがある（宅建協会）。
 - 3) 対面での重説をしていても、説明後になって「言った、言わない」の問題になるケースが多々生じているのが現状（都道府県）。
 - 4) 不動産関連トラブルの大半が消費者の重説に関する理解不足によるものであり、IT化によりトラブルが増加し苦情相談が増える（都道府県）。
- 3 その他
 - 1) 重説の現状は、契約締結と同日に2時間近くの時間をかけて多くの項目を説明し、その後37条書面を兼ねた契約書面

を作成する。受け手側である消費者が複雑多様な35条に基づく事項と付帯添付される公図・上下水道図・道路図・建物図面等を当日に理解し、契約締結することは非常に難しいと思われる。不動産取引における苦情・相談の多くは、このことに起因している。また、以前より消費者団体等において指摘された部分でもある。

したがって、消費者保護の観点から、登記事項等、当日説明が必要な部分を除き、少なくとも契約締結の前日までに重要事項説明書類の送付は必要となる。また、売主（貸主）と買主（借主）の情報量の格差解消の側面においても、如何に詳細な情報を事前に伝達するかが媒介業者（仲介）の責任と信頼につながる（都道府県）。

第8 法37条書面のIT化

重説のIT化とともに、37条書面を電磁的記録で提供することについての検討もなされている。

1 肯定的意見

- 1) 情報化時代において、未だ紙の交付のみを認め、違反時に監督処分の対象とすることは適当でない（都道府県）。
- 2) 消費者が不利益を被らないのであれば問題ない（都道府県）。

2 否定的意見

- 1) 現行の書面交付においても相談・紛争が絶えないこと、不動産取引の重要性や取引金額を踏まえると、慎重に検討すべき（都道府県）。
- 2) 取引の信頼性を揺るがしかねない（都道府県）。
- 3) ネット販売における簡易性と取引判断時の慎重性は相反する（都道府県）。
- 4) 37条書面は実務上契約書も兼ねるため、契約内容の説明がおろそかになる。また、契約書は通常対面で交付するため、電磁的方法を認めるニーズは少ないので

はないか（都道府県）。

- 5) 買主は、売主に直接聞きたいという心理が働くため、本ニーズは少ないと考えられる（宅建協会）。
 - 6) 電子申請方式がまだ一般に浸透していないので、導入は時期尚早である（全国建物取引業協会連合会）。
 - 7) 37条書面の交付については、業務上、契約書の作成、交付を兼ねるための電磁的書面では説明不足になる可能性が高く、消費者の理解を得られずトラブルの原因となりやすい（全国建物取引業協会連合会）。
 - 8) 電磁的書面だけでは、紙と異なり説明事項を見落とす可能性が高く、見落とすことになれば消費者にとって不利益になる（全国建物取引業協会連合会）。
 - 9) 電磁的書面（PDFファイルも含む）は、画像加工ソフトなどを使用すれば、内容を巧妙に改ざんすることができ、消費者とのトラブルが増加することが懸念される（全国建物取引業協会連合会）。
 - 10) 特に売買契約の買主は、安全に売主と契約締結および金銭の支払いを行いたいと考える方が多く、対面契約のニーズが高い（全国建物取引業協会連合会）。
 - 11) 契約書面等を大量交付・管理したり、遠隔取引を行う際には、便利だと思われるが、誤送信、交付年月日が不明確になる等の不安要因もある（全国建物取引業協会連合会）。
- ### 3 その他
- 1) 個人情報の漏洩、書類の偽造・消失の対策が必要（都道府県）。
 - 2) 取引主任者の記名押印に代わるシステム構築が必要（都道府県）。

第9 インターネットでの不動産取引が可能になることの効果

1 不動産市場の活性化

情報量の増大、利便性の向上、仲介料金の低下、海外からの投資増加等により不動

産市場（および建設投資）が活性化する。

- 2 消費者の利便性の向上
 - 1) 在宅で契約でき、遠方の不動産契約・高齢者・障害者・海外赴任者等の利便が向上する。
 - 2) 学生・転勤者など遠隔地に居住している者が賃貸物件を借りる際の移動の労力・コストが軽減される。
 - 3) 投資用物件の売買についても、遠隔地居住者との取引が多く、購入者の労力・コストが軽減される。
- 3 十分な説明による消費者保護の充実
 - 1) 消費者のペースで説明が受けられるため、より冷静な判断が可能。
 - 2) インターネットを利用することにより、提供する情報量が増加される。
- 4 不動産仲介業者の経営の効率化
 - 1) 土日に集中する重要事項説明・契約締結業務の分散が期待できる。
 - 2) 海外・遠方の顧客とのやりとりのコスト、時間の削減が可能。
- 5 宅地建物取引士の多様な働き方（在宅勤務等）の実現

子育てや介護などの理由で在宅勤務等を希望する宅地建物取引士のニーズに合致。
- 6 ペーパーレス化による省資源、省労力化

契約書・重要事項説明書・付属資料をデータで管理できれば、省資源、省スペース、管理コストの低減を図ることができる。
- 7 印紙税負担の軽減

電磁的記録による契約では、現時点では、印紙税は課税されないので、契約書を電磁的記録に置き換えることができれば、印紙税の負担を避けることができる。

第10 不動産取引のIT化のメリットを享受できる具体的な取引事例

- 1 単身赴任のサラリーマンが転勤先での住居（賃貸アパート・マンション等）を確保する場合
 - 1) 会社から転勤を命じられてから、準備期間が短く、限られた時間で遠隔地の物

件を探して、契約を締結しなければならない場合があるが、IT重説が可能であれば、遠隔地へ赴く時間・コストを削減でき、自分の都合の良い時間に、重説を受けることができる。

- 2) 通常のアパート、マンションの賃貸借契約では、定型的な契約書による契約が多く、複雑な内容の説明を要しないことが多い。
- 2 遠隔地にある大学に入学する学生のアパート・マンションの賃貸借契約の締結についても上記とほぼ同様のメリットが期待できる。
- 3 投資用マンションの購入者は、いいか悪いかはともかく、築年数や立地、入居率、賃料収入等の情報をもとに、遠隔地の物件を購入することも多く、重要事項説明に要するコスト・時間の削減を希望することも多いので、その希望に応えることができる。
- 4 遠隔地にあるウィークリーマンション、マンスリーマンション等の短期で利用することを予定している物件については、利用者側も重要事項説明に必要な労力・コストの削減を希望することが多い。
- 5 売買の事例でも、重要事項の説明ツールとして、パソコン画面上での画像を用いた方が、消費者にとってわかりやすい場合もあるのではないかな。

第11 IT重説に対する懸念事項への対処

- 1 重要事項説明を巡るトラブルの増加の懸念について
 - 1) 重説を巡るトラブルは、説明すべき点を説明していなかったとか、資料が不足していた、内容が誤っていた等の問題に起因することが多く、これらの原因は、対面による説明か、テレビ会議システムを用いた説明かで、影響を受けないものと思われる。
 - 2) また、電子データ化された資料を適時に画面で表示することで、むしろ、わか

りやすい説明を行うことも可能である。

- 3) 説明状況・内容を電磁的記録として保存することも容易であるため、かえって、「言った・言わない」の紛争を減らすことが期待できる。
 - 4) 薬事法や金融商品取引法においても、インターネットを介した販売を可能にした後に、統計上、特にトラブルが増加したというデータはないと言われている。
 - 5) なお、IT重説実施のために、重要事項説明書を説明に先立って事前に取引の相手に交付するようになれば、「契約直前に交付して重説を行い、同日に契約締結に至る」という一種の重説の形骸化を避けることができる。
- 2 宅地建物取引士のなりすまし（取引士証の偽造）の危険について
- 1) 相応の解像度による画像データの送受信環境があれば、取引士証を鮮明な画像で確認することができる。
 - 2) また、取引士のデータベースにアクセスして、資格登録内容の確認ができる環境を整えることで、なりすましを防止することができる。
 - 3) したがって、宅地建物取引士のなりすまし防止は、比較的容易に実現できるものとする。
- 3 取引の当事者本人のなりすましについて
- 1) 相応の解像度による画像データの送受信環境があれば、運転免許証などの本人確認書類を鮮明な画像で確認することができる。その画像を保存することも容易である。
 - 2) 通信設定のためのパスワードを本人限定郵便で送付する等の手法を併用することで、本人確認をより確実なものにすることができる。
 - 3) なお、犯罪による収益の移転防止に関する法律（マネーロンダリング防止法）のための本人確認も、対面であることは要求されていない。
- 4 宅地建物取引士の名義貸し・常勤性の希

薄化について

- 1) 宅建業法上は、重要事項説明は、専任でない宅地建物取引士が行うことも可能である。そのため、極端に言えば、宅建業者が雇用しているが在宅勤務の取引士に重要事項説明をさせることも可能である。
したがって、いわゆる名義貸しや常勤性の問題は、重要事項説明をどの取引士が行うのかという問題と直接リンクしない問題である。
ただ、実務的に、取引士が事務所にいなくても、重要事項説明が可能であるという状況が、宅建業法上要求されている事務所専任の取引士について、常勤させず、実質的に名義貸しに等しい状態を招くことが心配される。
 - 2) しかし、IT重説を実施するためには、テレビ会議システム等の相応の通信環境設備が必要となること、取引当事者の質問に臨機に対応するために一定の資料が必要となること等の事情を考慮すると、取引士は事務所の設備を利用して説明を行うことが多くなると予想する。
- 5 重要事項説明書への署名・押印の取得について（まだ電子署名制度は広く普及してはいない）
- 1) 法律上、重要事項説明書は、取引士が記名・押印した上で交付しなければならず、また、実務上、宅地建物取引業者の記名・押印、説明を受けた当事者の署名（又は記名）・押印がなされる。
 - 2) IT重説が実施される場合に、取引士による記名・押印の取り扱いについて、電磁的記録に相応しい方法で実施することの手当が必要ではあるが、宅建業者の記名押印については、電子署名の利用によることが考えられる。
 - 3) さらに、説明を受けた者の署名押印についても、電子署名を得ることで、後日、重要事項説明を実施したことを示す証拠とすることができる。

- 4) そして、個人の取引当事者が電子署名を持っていない場合でも、当該説明の画像記録を保存することで、少なくとも、説明を実施したことを立証する重要な資料とすることができる。
- 5) タイムスタンプが押された重要事項説明書の電磁的記録を提供し、その履歴を示すことで、「契約締結前に作成された重要事項説明書（データ）を交付して説明した」という事実を立証することができるものとする。
- 6 通信設備・環境が十分に普及していないとの問題について
 - 1) テレビ会議システム（Skypeを含む）の一般消費者への普及には、しばらく時間がかかるものと予想される。
 - 2) 但し、遠隔地の顧客が最寄りの不動産業者の設備を借りて、IT重説を受ける方法や、ネットカフェの設備を利用してIT重説を受けるという方法も考えられる。
 - 3) 最寄りの不動産業者の設備を借りて説明を受ける場合には、設備を貸した業者は、重要事項説明に関する責任を負わないことを明確にしておく必要がある。
 - 4) 将来的には、テレビ会議（テレビ電話）を利用した外国語教育その他の教育ツール等の普及と合わせて、一般家庭にもテレビ電話システムが増えていくことが予想されるので、この問題は、将来的には解決される可能性が高いものとする。
- 7 以上のとおり、IT重説の実施に対して、批判的な見解も多いが、問題点は、いずれも解消できないものではなく、近い将来、導入されるのではないかと予想する。

第12 不動産取引のIT化に関するその他の問題

IT重説の導入に際して、検討すべき以下の問題がある。

- 1 クーリングオフ制度（法37条の2）の適用の有無

将来的に、例えばマンションの購入者が自宅にいながら（売主の事務所等に来所しない方法で）取引が完結するケースが生じうるが、その場合に、全てクーリングオフ制度の適用対象になるのかという問題がある。

- 2 抵当権抹消・設定等登記手続書類の受け渡しや確認が必要な場合
 - 1) インターネット上のデータやり取りのみで決済を完了するには、法務局・金融機関とのネットワークで構成される決済システムの構築が必要となる。
 - 2) なお、例えば抵当権の抹消書類・設定書類・所有権移転登記手続書類を決裁前に信頼できる司法書士に事前に送付する等して預け、決済を見届けてから登記手続きに入るという方法を採用すれば、新しいシステムの構築がなくても、IT重説や、電磁的記録による売買契約締結等によって、効率的な隔地者間取引は可能。
- 3 契約当事者が複数いる場合に、システム上対応できるか。

数名が不動産を共有で購入する場合など、システム上対応が難しく、対面による重説を実施せざるをえないのではないかという問題がある。この点については、技術的な解決がなされるまでは、従来どおり、買主が一同に介してIT重説を実施するか、各共有者ごとに個別に実施した上で、契約に至るという方法で対応することになる。

第5章 媒介契約と報酬請求の諸問題

第1 媒介契約に関する書面の作成交付義務（法34条の2）

1 趣旨

媒介契約は、諾成・不要式の契約であり、口頭の意味表示の合致により成立するのが本来である。

ところが、書面で契約内容を定めておかないと、媒介契約の成否や報酬に関しトラブルになることが予想されるので、法34条の2では宅地建物の売買・交換の媒介契約を締結したときには、遅滞なく、法定事項を記載して依頼者にこれを交付しなければならないとされた。

なお、宅地建物の賃貸借の媒介は、法34条の2の適用はなく、宅建業者に書面の作成交付義務はない。

2 情報提供と媒介行為

媒介行為とは、仲介と同義であり、契約当事者の一方又は双方から委託を受けて、両者の間に立って売買等の契約成立に向けて斡旋尽力する行為である。

単なる情報提供だけならば、両者の間に立って売買等の契約成立に向けて斡旋尽力するとは言えず、宅建業法上の媒介には当たらない。

他方、情報提供行為であっても、現地案内や売買契約の条件交渉をする場合には、契約成立に向けて斡旋尽力する行為にあたり、宅建業法上の媒介にあたり、宅建免許が必要である。

【昭和34年7月27日住総発第601号建設省住宅局住宅総務課長回答】

営利を目的としなくても、宅地又は建物の売買又は貸借の媒介行為を不特定多数者のために継続的又は反復的に行い、社会通念上事業の遂行とみられる程度のものは、宅建業者である。しかし、単に相手方の氏名等を「紹介」する程度のものは、情報提供にすぎず、媒介ではないから、当該事業の実態を検討して判定を行う必要がある。

3 媒介契約の種類

1) 一般媒介契約（他の宅建業者に重ねて依頼可能）

- ① 明示型（依頼者は宅建業者に対し他に誰に依頼するか明示する必要）
- ② 非明示型（依頼者は宅建業者に対し他に誰に依頼するか明示する必要な

し）

2) 専任媒介契約（他の宅建業者に重ねて依頼できない）

- ① 自己発見取引可能型（依頼者は宅建業者が探索した相手方以外の者と契約することが可能）
- ② 自己発見取引禁止型（依頼者は宅建業者が探索した相手方以外の者と契約することができない）。専属専任媒介契約といわれる。

4 専任媒介契約における法規制

1) 趣旨

専任媒介契約を締結することにより、依頼者は他の宅建業者に重ねて依頼できなくなるため、その後の成り行きは、依頼した宅建業者の業務の出来によるところが大きくなる。

そこで依頼者の利益を特に守るため、宅建業法は専任媒介契約に対し、数々の法規制を定めている。

2) 契約期間

専任媒介契約の有効期間は3か月を超えることができない。これより長い期間を定めたときは、その期間は、3月とする（法34条の2第3項）。

前項の有効期間は、依頼者の申出により、更新することができる。ただし、更新の時から3か月を超えることができない（法34条の2第4項）。

3) 指定流通機構（レインズ）登録

① 登録期限（法34条の2第5項、宅建業法施行規則15条の8）

専属専任媒介契約の締結日から5日以内（休業日数は算入しない）

それ以外の専任媒介契約の場合は契約締結日から7日以内（休業日数は算入しない）

② 登録事項（法34条の2第5項、宅建業法施行規則15条の9）

所在、規模、形質、売買すべき価額その他国土交通省令で定める事項

③ 登録済証の交付（法34条の2第6項）

宅建業者が指定流通機構に登録した場合、宅建業者は、登録済証を遅滞なく依頼者に引き渡さなければならない。

- ④ 指定流通機構への成約通知（法34条の2第7項）
- ⑤ 業務処理状況の報告（法34条の2第8項）

専属専任媒介契約の場合は、1週間に1回以上、それ以外の専任媒介契約の場合には、2週間に1回以上、媒介業務の状況について宅建業者は依頼者に対して報告する必要がある。

5 レインズとは

レインズとは、Real Estate Information Network System(不動産流通標準情報システム)の略称で、国土交通大臣から指定を受けた不動産流通機構が運営しているコンピュータ・ネットワーク・システムの名称である。

指定流通機構の会員不動産会社が不動産情報を受け取ったり情報提供を行うシステムであり、会員間での情報交換がリアルタイムで行われている(公益財団法人東日本不動産流通機構ホームページより)。

第2 媒介契約の報酬に関する諸問題

1 媒介報酬の発生時期

- 1) 仲介業者の報酬請求権は、仲介業者の仲介行為により当事者間で売買等の契約が成立してはじめて発生する(成功報酬主義)。

すなわち、仲介業者の仲介により売買契約が成立するかどうかは不確定であるから、報酬請求権は、仲介業者の仲介による契約の成立と相互に対価関係にあるのであり、契約の成立によって発生する一種の停止条件付の権利である(岡本正治・宇仁美咲 全訂版詳解不動産仲介契約836頁)。

- 2) 仲介契約成立時に報酬は全額発生するのかについて

旧建設省は、売買契約成立時に半金、仲介の責任を完了したときに残額を受領するように指導した(昭和27年6月26日住発第298号建設省住宅局長通達)。

ただ、実務では、決済完了をもってはじめて報酬が発生する内容の合意をする場合(決済完了までは報酬が発生しない)も多いと思われる。

2 報酬の限度額

- 1) 宅建業法46条1項を受けて国土交通省の報酬に関する告示(報酬告示)が定められている。

2) 報酬告示による報酬の上限

- ① 税抜取引額200万円以下の部分
成約価格の100分の5(消費税抜)
- ② 税抜取引額200万円を超え400万円以下の部分
成約価格の100分の4(消費税抜)
- ③ 税抜取引額400万円を超える部分
100分の3(消費税抜)

- 3) 売買における仲介手数料上限の速算式
税抜取引額400万円を超える場合
成約価格×3%+6万円(消費税抜)

第3 媒介報酬を訴訟で請求する場合の要件事実

- 1 媒介報酬を訴訟において請求する場合に、主張立証すべき要件事実は以下のとおりである。

- 1) 仲介業者と依頼者との間で仲介契約が成立したこと。

当然、報酬額についても取り決めていること。

- 2) 仲介業者の仲介行為が存在していること。

- 3) 依頼者と相手方との間で宅地建物取引が成立したこと。

- 4) 仲介業者の仲介行為と宅地建物取引との間に相当因果関係が存在していること。

- 2 売買契約が決済に至る前に解約(解除)

された場合における報酬請求

- 1) 通常、媒介契約書には、売買契約が決済前に解約（解除）されたときの報酬の定めについて、ケース毎に詳細に定められてはいない。この様に特約がない場合に仲介業者の受け取るべき報酬額については、取引額、仲介の難易、期間、労力その他諸般の事情を斟酌して定めるべきである（最判昭和43年8月20日、民集22・8・1677）。
- 2) 裁判例では、売買契約後買主が手付解除してきた場合において、売主側仲介業者から売主に対する報酬について、買主が放棄した手付金の半額（正規報酬額の約60%）とした裁判例がある（福岡高裁那覇支部平成15年12月25日判決、判時1859-73）。
- 3) 売買契約には、買主がローンにより資金を調達する場合、「買主は、ローンが降りなかったら、売買契約を無償解除できる」とする条項（ローン白紙解約条項）が契約に盛り込まれることがある。ローン白紙解約条項は買主が無償で解除することに意義があり、また、仲介業者も、そのようなローン白紙解約条項の趣旨を理解しているため、少なくとも買主と買主側仲介業者との間では、仲介手数料は発生しないとするのが相当である。
- 3 仲介業者を排除して依頼者と仲介業者が探してきた取引の相手方が直接取引する行為（いわゆる「ぬき行為」）があった場合の報酬請求について
 - 1) 依頼者に媒介報酬を負担されるべき根拠

仲介業者は仲介契約に基づき宅地建物取引の実現に向けて仲介業務を行っているにも拘わらず、契約者が、仲介業者を抜かして仲介業者が探してきた相手方との間で直接宅地建物取引をする行為は、仲介業者との信義に反する行為である。

仲介業者の依頼者に対する報酬請求を認める法律構成としては、以下の2つが

ある。

- 2) 民法130条（条件の成就の妨害）による法律構成（最判昭和45年10月22日民集24・11・1599等）

この法律構成によって媒介報酬を請求する場合の要件事実は以下のとおりである（前掲全訂版詳解不動産仲介契約1069頁）。

 - ① 仲介業者と依頼者との間における仲介契約の成立
 - ② 仲介業者による仲介行為の存在
 - ③ 依頼者が仲介業者を排除
 - ④ 依頼者が仲介業者が紹介した相手方との間で契約締結
 - ⑤ ④の契約締結と、②の仲介行為との相当因果関係。
 - ⑥ 条件成就とみなす旨の意思表示（不要とする説もある）
- 3) 民法130条（条件の成就の妨害）による法律構成の問題点

媒介契約が、契約期間満了で自動的に終了したような場合や、売買条件が折り合わず契約締結に至らなかった場合等必ずしも依頼者が仲介業者を排除した（故意に条件成就を妨げた）とは言いがたい場合でも、報酬請求を認めるべき場合がある。

そこで、下記の相当因果関係説が提唱された。
- 4) 相当因果関係説（福岡高判平成4年1月30日判時1431-131）

相当因果関係説によって媒介報酬を請求する場合の要件事実は、以下のとおりである。

 - ① 仲介業者と依頼者との間における仲介契約の成立
 - ② 仲介業者による仲介行為
 - ③ 依頼者が仲介業者が紹介した相手方との間で契約締結
 - ④ ③の契約締結が④の仲介行為との間で相当因果関係があること
- 5) 報酬請求にあたって、考慮される重要

な間接事実

- ① 仲介業者の仲介業務と、依頼者・相手方間の売買等契約が近接していること。
- ② 売買価格等の取引条件に関し、仲介業者が仲介業務をしていたときに相手方が言ってきた取引条件と、殆ど変わらない取引条件にて、依頼者・相手方間にて売買等契約をしていること。

【例 1】

土地を売却するにあたり、宅建業者が売主に3000万円で購入を希望するAを紹介したにも拘わらず、売主がこの話を蹴った。ところが、仲介契約が終了した直後、売主がAに対し同土地を3000万円で売却したケースでは、仲介業者の売主に対する報酬請求は認められやすい。

【例 2】

仲介業者は売主から何億円もする物件の売却依頼を受けて仲介活動を行った。そして、仲介業者は、何億もの資金を持っていて、かつ当該物件に興味を示す人（買受希望者）を見つけてきて、売主に紹介した。ところが、仲介契約は期間満了で終了してしまった。その後、売主が当該買受希望者との間で、売買契約を締結した。

何億円もの資金を持っていて、かつ当該物件に興味を示す人は世の中にそう多くないと思われ、そのような買受希望者を探してきた行為（本件仲介行為）が売買契約に及ぼした寄与の度合いは少なくないと思われる。よって、報酬請求は認められやすい方向に働くと思われる。

6) 依頼者側からの抗弁

仲介業者を排除した行為が信義則に反しないことが、依頼者側の抗弁として主張される。

もともと、依頼者が媒介業者が発見した取引相手と直接取引をした場合に、報

酬請求が認められるべき理由は、その直接取引が信義に悖る行為だからであるが、仲介業者を排除することが信義に反しない事情があれば、不当に仲介業者を排除したことにはならないので、報酬請求は認められなくなる。

そのため、仲介業者の責めに帰すべき事由によって、仲介業者が排除されたこと、すなわち、仲介業者の誠実義務違反、注意義務違反、不信行為の存在等が依頼者によって抗弁事実として主張される。

4 直接取引が行われた場合における、仲介業者から、契約関係にない「取引の相手方」に対する報酬請求

1) 仲介業者と「取引の相手方」（仲介者が探してきて依頼者に紹介した者）との間では直接の契約関係はない。そのため、仲介業者が媒介契約を締結していない取引の相手方に対して、契約に基づく報酬を請求することはできない。

2) 但し、宅建業者において、客観的に「取引の相手方」のためにする意思があった場合には、商法512条に基づき報酬請求できる場合がある（最判昭和50年12月26日判決，民集29・11・1890頁）。

3) もっとも、仲介業者は依頼者からも委託を受けているため、ある仲介行為が、依頼者の他、「取引の相手方」のためにもなされたと言えるか、判断が難しい場合も多い。

4) また、商法512条に基づき幾ら請求できるのかについても、明確な基準はないため、請求出来る報酬額の立証は難しい。

5) 客観的に「取引の相手方」のためにする意思があるといえるために必要な間接事実

① 依頼者のみならず、「取引の相手方」の要望を聞きつつも、仲介行為に当たったかどうか（東京高裁昭和56年8月31日判決，判時1018-117）。

② 比較的公平な立場で双方の利害を調

整し、「取引の相手方」の要望をも斟酌して仲介契約をしたかどうか（東京高判昭和60年12月25日判決，判時1179-125）。

- 6) 【問】 商法512条に基づく請求が可能な場合、仲介業者は契約関係にない「取引の相手方」に対し、幾ら請求できるのか。

【答】

明確な基準はないが、前掲東京高判昭和56年8月31日は、依頼者との関係での仲介報酬は売買代金の約2%にあたる1000万円であったが、裁判所は、これと同額の報酬請求権を、「取引の相手方」に対しても認めた。

ただ、民法512条に規定する「相当な報酬」の基準は明確ではなく、そもそも、仲介業者から「取引の相手方」に対する請求が排斥された事例も多いため、実際にはもっと少ないパーセンテージしか認められないことが多いと思われる。

第6章 契約締結等の時期の制限に関する諸問題

第1 契約締結等の時期の制限（法36条）

- 1 【問】 宅建業者が売主となる宅地・建物の売買について、契約の締結時期に関する法令上の制限があるか？

2 【答】

- 1) 宅建業者は、宅地の造成工事・建物の建築工事の完了前は、当該工事に必要とされる開発許可、建築確認、宅地造成工事の許可を受けた後でなければ、未完成物件である宅地建物について、売買契約を締結することはできない。
- 2) また、宅建業者が売主となる売買契約の締結だけではなく、当事者を代理して売買・交換の契約を締結したり、売買・交換の仲介を行うことも禁止されている。

3 【解説】

- 1) 昭和40年代頃から、不動産に対する需要の増大に伴い、宅地建物取引の中でも、造成宅地、マンション、建売住宅などの分譲販売において、宅建業者は宅地造成工事や建築工事の資金繰りのために、宅地建物として未だ完成していない状態で、購入者と売買契約を締結し、手付金を支払わせる取引方法が慣行化していた（いわゆる、青田売り）。
- 2) しかし、このような青田売りは、契約締結後に、宅地造成の許可や建築確認が下りなかったり、契約時に示された設計図面と完成物件とが符合しなかったりしたため、宅建業者と購入者との間で紛争が多発し、購入者が損害を被ることが多かった。
- 3) また、上記のような青田売りは、行政規制の対象外であり、野放し状態にあった。そのため、昭和46年の宅建業法の改正により、購入者の利益保護を図るために未完成物件の販売広告の開始時期を制限すると共に、売買契約の締結時期も制限した。
- 4) なお、本条は、宅建業者間の取引にも適用されるのみならず、未完成物件の売買による取引の紛争を防止し、取引の公正を確保するため、買主業者が宅建業者以外の土地所有者から未完成物件を買い受ける場合にも適用される。

第2 建築条件付土地売買契約の締結時期の制限

- 1 【問】 建築条件付土地売買契約は、契約の締結時期について、宅建業法上どのような規制を受けるか？

2 【答】

- 1) 宅建業法が規制しているのは、あくまでも、未完成物件である宅地建物について、開発許可や建築確認を受ける前に売買契約を締結することであり、売買の目的物が土地のみであり、建物の請負契約

を売主や売主の指定する業者と締結することは、宅建業法が規制する契約締結時期の制限の範囲外である。

- 2) ただし、実態は土地付き建物の売買であるにもかかわらず、土地の売買契約のみ締結し、建物の建築確認を受ける前に建築請負の実態がない建築工事請負契約を締結したような場合は、宅建業法36条の潜脱行為となり、36条違反となる。

3 【解説】

- 1) 建築条件付土地売買契約とは、宅建業者等が宅地の売買・仲介等をするにあたって、宅地の売主自身や売主の指定する者との間で、売買の目的物である宅地に建物建築工事の請負契約を締結することを条件として、宅地を売買する契約（停止条件付き売買契約）のことをいう。すなわち、宅地の売買に建物の請負がセットされた契約形態である。
- 2) 建築条件付土地売買契約は、いわゆる「抱合せ販売」として、独占禁止法で原則として禁止される取引にあたるが、他方で、建売住宅と異なり、買主の方で、買主が希望する建物が建てられる（建物の設計へ関わることができる）という点で、これを認める必要があるため、公正競争規約施行規則9条（15）が定める要件（取引の対象が土地である旨、並びに当該条件（建築条件）の内容及び当該条件が成就しなかったときの措置の内容を明示して表示すること）を満たせば、例外的に独占禁止法に抵触しない取引として許されている。
- 3) そして、宅建業法の規制は、あくまでも宅建業（宅地建物の売買・交換、宅地建物の売買・交換・貸借の代理若しくは媒介）に関して及ぶものであり、建物の請負は、宅建業法の規制外の取引となるのが原則である。
- 4) 他方で、建築条件付土地売買契約であっても、①建築条件付土地売買契約を締

結し、その後、買主との間で建築する建物について、十分な協議・打ち合わせを行った結果、請負契約が締結される場合もあれば（実務上は、土地売買契約締結後、3ヶ月以内に売主の指定する業者との間建築請負契約を締結すること等が多い。）、②建物の建築計画について十分な協議・打ち合わせをすることなく、参考プランを示したのみで、土地売買契約と同時に建物の請負契約が締結される場合もある。

- 5) 上記②の例で、土地売買契約と建物の請負契約を分けたが、後日、建築確認を取得した後、土地建物の売買契約に差し替えて契約を一本化したような場合には、建物請負契約の実態はなく、実際は、土地建物の売買契約であるため、宅建業法36条に違反する可能性がある。

なお、当初の土地売買契約と建物の請負契約の両方を合意解除し、改めて、土地建物の売買契約を締結すれば宅建業法36条に反しないという考え方もできるが、宅建業者が同様の手法で何度も取引をしていけば、当初から、土地建物の売買契約を締結する考えがあったと推認されてしまうと考える。

第3 建築条件付土地売買契約と請負契約の同時契約の問題点

- 1 【問】建築条件付土地売買契約を、売主が作ったプランでの請負契約と同時に締結することについて、宅建業法上の問題がないか？
- 2 【答】
- 1) 宅建業法36条の脱法行為になる可能性があるので注意する必要がある。
- 2) 上記のように、建築条件付き土地売買と建物の請負契約を同時に締結し、建物の請負契約が、売主が示したプランで締結されているような場合は、建築プランについて、土地購入者の自由

な判断で確定したわけではないこととなる。そのため、業者の提案したプラン通りで契約するなら、建売りで売べきであるという考え方から、宅建業法36条の脱法行為であると指導される可能性がある。

- 3) もっとも、契約締結前に、請負についても十分な協議・打ち合わせがなされ、名実ともに請負であれば、宅建業法36条には違反しない。

第7章 事務所等以外の場所においてした買受けの申し込みの撤回など（クーリングオフ・法37条の2）

第1 宅建業法のクーリングオフ制度

1 【問】 宅建業法におけるクーリングオフ制度適用の要件は？

2 【答】

- 1) 宅建業者自らが売主となる宅地建物の売買契約であること
- 2) 宅建業者の事務所その他国土交通省令・内閣府令で定める場所以外の場所で、宅地建物の買受けの申込み又は売買契約の締結をしたこと
- 3) 書面で買受けの申込みの撤回又は売買契約の解除をしたこと
- 4) 申込みの撤回等を行うことができる旨及びその方法について告知を受けた日から起算して8日を経過していないこと
- 5) 申込者等が宅地・建物の引渡を受けておらず、また、代金全部を支払っていないこと

以上の要件を満たし場合にクーリングオフが認められる。

3 【解説】

1) 制度趣旨

- ① クーリングオフとは、売買当事者の一方が、一定期間内において一切の不利益を受けることなく、自ら行った売

買の申込みを任意に撤回し、または、すでに締結した売買契約を任意に解除することができる制度である（法的性質は、法が認めた一種の法定解除権又は法定撤回権と解されている。）。

- ② 宅地建物の取引においては、強引な売り込み等による申込みの誘因により、購入意思が不明確、不安定なまま申込みをさせられ、契約を締結させられる場合がある。クーリングオフ制度は、これら購入者に頭を冷やす機会を与えるため、一定期間内であれば、無条件に申込みの撤回をさせ、すでに成立している契約について、民法に定める解除原因がなくても、その契約を解除し、一律に購入者を保護しようとする趣旨によるものである。

2) クーリングオフができない場合

① 場所

a. 本条は、閉鎖された部屋の中で強引な取引勧誘を受けて契約書に押印してしまった等、自由な契約意思の形成が阻害され、買主の購入意思が不安定なまま、売買契約を締結したような場合に、消費者保護の観点から契約の解除を認めたものなので、売買契約締結の意思決定が正常で安定した状況下でなされるであろうと定型的に判断される場所においてなされたものは、クーリングオフの対象から除外される。具体的には、以下の場所である。

b. 宅建業者の事務所（法37条の2第1項）

c. 専任の取引主任者を置く案内所等の事務所に準ずる場所（施行規則16条の5第1号イロハニホ）

d. 購入者が自ら申し出た自宅又は勤務先（施行規則16条の5第2号）

② 権利行使期間

a. 権利行使期間は、クーリングオフの告知を受けた日から起算して8日

となっている（民法138条の初日不算入の例外）。

- b. 当初、クーリングオフの期間は5日間であったが、昭和63年の改正で、権利行使期間中に土日が含まれるようにして、購入者が申込みの撤回等をするかどうかについて冷静に判断できる時間的な余裕を設け、消費者を保護するために8日間に延長された。

③ 引渡・代金の支払い

宅地・建物の引渡を受け、かつ、代金全額を支払って決済が完了した場合にまでクーリングオフを認めると、取引の安全を害することとなるので、決済が完了した場合には適用が除外された。

- 3) クーリングオフの対象となる契約は、宅建業者自らが売主となる宅地・建物の売買契約であり、交換、売買の代理、媒介については適用はない。売買の代理・仲介等の場合は、自ら売主となる場合に比べ、宅建業者の得られる利益は媒介報酬のみで多額なものではなく、利益・動機からみて、強引な売り込みを可能とする状況設定が行われることが少ないと考えられたからである。また、買主が宅建業者であれば、不動産取引の知識と経験に照らして、冷静な判断による意思決定がなされることから、本条は業者間取引には適用されない。

第2 宅建業法のクーリングオフと特定商取引法のクーリングオフ

- 1 【問】 一般消費者の買主Aは、宅建業者である仲介業者を通じて、訪問販売により、売主が非宅建業者である投資用マンションの購入を勧められ、仲介業者から押し切られるがままに、自宅で売買契約を締結し、決済資金を宅建業者から紹介を受けた銀行ローンで調達し、決済をしてしまった。なお、売買契約書は仲介業者が保有しており、

Aは契約書の写しを含め、本件売買契約に関する書類の一切をもらっていない。Aとしては、決済後、やはり、購入を取りやめたいと考えたが、決済後、すでに15日が経過している。

この場合、Aはクーリングオフにより売買契約を解除することができないか。

2 【答】

- 1) 本件は、売主が非宅建業者であるし、すでに決済（引渡と代金の支払い）が完了しているので、宅建業法の規定に基づくクーリングオフはできない。
- 2) しかし、本件は訪問販売の方法により、Aの自宅において売買契約が締結され、また、Aは売買契約書等を受領しておらず、「クーリング・オフができる」旨を記載した書面を受領していないので、特定商取引法9条のクーリングオフにより、売買契約を解除することができる。

3 【解説】

- 1) 特定商取引法では、訪問販売のクーリングオフについて、以下の要件を定めている（特定商取引法9条）。
- ① 営業所等以外の場所で売買契約の申込みを受け、又は契約を締結したこと
 - ② 契約内容を記載した書面（法5条書面）を受領した日から8日間が経過していないこと
 - ③ （書面により）買い受けの申込みの撤回又は売買契約の解除をしたこと
- 2) そして、平成20年の特定商取引法の改正により、指定商品・指定役務制（法令で決められた商品、権利、役務（サービス）でなければ、特定商取引法の適用を受けない制度）が廃止され、原則としてすべての商品と役務が特定商品取引法の対象となった。
- 3) 他方、他の法律によって消費者保護が適切に図られると認められる商品の販売や役務の提供については、特定商取引法26条によって、適用除外が設けられている。

- 4) この適用除外においては、宅建業法37条の2のクーリングオフの規定との関係上、宅建業者が行う宅建業法2条2号に規定する商品の販売又は役務の提供（すなわち、宅地・建物の売買）が除外されている（特定商取引法26条1項8号ロ）。
- 5) しかし、非宅建業者が行う宅地又は建物の売買については、上記特定商取引法の適用除外の対象外となっているため、原則通り、特定商取引法の適用がある。したがって、決済が完了していても、Aは「クーリング・オフができる」旨を記載した書面を受領していない以上、特定商取引法9条により、売買契約を解除することは可能である。

第3 クーリングオフの期間起算日

1 【問】平成28年4月1日に建売りの購入申込書を一般顧客からもらい、その日にクーリングオフ（＝申込の白紙撤回）ができる旨の書面を提示し、口頭でのクーリングオフができる旨の説明も行った。その後、買主の自宅において、平成28年4月5日に重要事項説明を行い、売買契約を締結した。

この場合、買い主が行使できるクーリングオフの期間の起算日は、下記のいずれか？

- A. 平成28年4月1日から8日目の平成28年4月8日
- B. 平成28年4月5日から8日目の平成28年4月12日
- C. 平成28年4月5日以降、改めて、クーリングオフができる旨の説明をされた日から起算して8日目

2 【答】

平成28年4月5日以降、改めて、クーリングオフができる旨の説明をされた日から起算して8日目がクーリングオフの期限となる。

3 【解説】

- 1) 条文上は「クーリングオフができる旨告げられた日から起算して」と定めているので、上記A・Bのように、平成28年4月1日又は同年4月5日から8日間の期間が起算するのではないかと疑問は生じる。
- 2) しかし、法第37条の2の1項は、クーリングオフができる主体を「買受けの申込みをした者又は売買契約を締結した買主」と定めており、「クーリングオフができる旨告げられ」た買主はすでに契約締結や、買受けの申し込みをしていなければならない。言い換えると、買受けの申込みも売買契約も締結していない場合は、いくら売主からクーリングオフができる旨告げられても、クーリングオフの期間が起算されない。
- 3) 本件でも、平成28年4月1日に建て売りの購入申込書をもっていることから、この時点でクーリングオフができる旨の説明をすれば、起算するのではないかとの疑義も生まれるが、購入申込書は、買受けの申込みには当たらない。
- 4) そもそも売買契約は、売主と買主との間で、売主の目的物を売る意思と買主の購入の意思表示が合致することで成立する契約であり、法37条の2の「買受けの申込み」というのは、売買契約が成立する条件となっている購入者の「買う」という意思表示を指す。言い換えると、買主が「買受けの申込み」をすると、売主が「売った」と言えば、買主が改めて「売買契約をする」という意思表示がなくても契約が成立してしまうほどの最終的な意思表示がなされることをいう。
- 5) したがって、実務上は、「買受けの申込み」は現実には、売買契約書の買主欄に署名押印することがこれにあたる。

6) したがって、本件では、「平成28年4月5日」の契約時以降、買主が改めて「クーリングオフができる旨告げられ」ないと、クーリングオフの行使期間は起算されない。改めて、クーリン

グオフができる旨を告げないと、少なくとも、決済が終わるまでの間は、買主からクーリングオフができることになる。

以上

虐待が疑われる乳幼児頭部外傷について、法的観点からの考察

(Consideration from the legal angle about the infant Abusive Head Trauma)

中野 智昭

第1 はじめに

近時、乳幼児の虐待等に関する報道が多くなったように感じる。これは、一見すると、長引く不況の中で子どもを安全に育てることのできる家庭が減少したせいにも見えるが、統計上虐待死例自体は微減している¹。それにもかかわらず報道が増えているのは、以前に比べ警察がこの種の事案に介入することが増えたことを意味するのではないかと期待したい。

そうしたところ、神奈川県立こども医療センターの田上幸二医師より、虐待が疑われる乳幼児頭部外傷 (Abusive Head Trauma。以下「AHT」という。) についてのお話を伺う機会があり、非常に関心をそそられ、関連する裁判例や法的問題点を調べてみたいとの思いに駆られた。

今後、こうした事案が法的に問題となることも増えると思われるし、児童福祉法の改正²により弁護士の児童相談所への配置等³が定められたことにより、弁護士がこうした事件にかかわることも従来以上に多くなる可能性がある。そこで、調べた内容を本小論にまとめてみることにした。

第2 基礎的な知識

1 定義を巡る問題

第1にて、AHTという用語を用いたが、これについては聞きなれない方も多かったのではないかと思う。

従来、虐待による乳幼児の頭部外傷としては「乳幼児揺さぶり症候群」(Shaken Baby Syndrome。以下「SBS」という。) が、母子健康手帳に記載され⁴、世間でも知られている。

SBSは、そもそも米国で1972年に論文で提唱されたとのことだが、その論文自体、虐待の中に頭顔部の打撲創や頭蓋骨骨折等、明らかな痕跡がないものもあるということを広く知ってもらい、キャンペーンの目的もあったと言われている⁵。

しかしながら、「揺さぶられ」という言葉が独り歩きしてしまい、SBSが虐待を前提とするか否かについての混乱や、「揺さぶり」以外の外力による虐待が軽視される危険も出てきた。そのため、近年では、SBSも含め、「虐待が疑われる乳幼児の頭部外傷」(AHT)に当たるかどうかを判断するという流れになっている⁶。

2 児童虐待における、「乳幼児の頭部外傷」の危険性

(1) 統計上の危険

日本における子どもの虐待における死亡統計では、2016年の1年間の虐待死例は64例であるところ、そのうち、「心中以外の虐待死」に当たる43例のうちでは、「頭部外傷」を直接の死因とするものが最も多く(10人・有効割合26.3%⁷)、上記43例の子どもの年齢は0歳が27人(61.4%)で最も多く、3歳未満で7割を超えている⁸。

このことは、虐待が疑われる乳幼児頭部外傷(AHT)の重大性を端的に示している。

(2) 医学的見地からの危険

乳幼児の頭部は、成人と多くの点で異なっている。

まず、乳幼児の頭をイメージしてもらえればわかるが、成人と比べると①身体全体に占める頭の割合が大きく、頭が体よりも重い。そのため、外力が働いた場合、その作用(加速度等)がより頭に大きく及ぶことになる。また、②頭

の重さに比してそれを支える首は座っていなかったり、座った後もまだ十分に強いわけではない。

また③脳組織は頭蓋骨と強固に固定されていないため、外力によって血管（架橋静脈⁹）が傷ついてしまうこともある。そして、④生まれた時には脳の神経細胞の「軸索」を包む「髄鞘」¹⁰がほとんどないため、成人に比べてより脳が「水」に近い状態で、加減速による損傷を生じやすい。また、その後の成長で髄鞘化した部分としていない部分がある状態になると、髄鞘に力が吸収されるかどうかの違いが出るため、差があるところが損傷しやすい。⑤他方で、小児の頭蓋は柔らかいため、脳実質が損傷しても、頭蓋骨骨折等を生じないこともある。

他にも様々な特徴があるが、こうした特徴は、乳幼児の場合、外力が働いた場合に頭部・脳に損傷が起きる可能性が高いこと、またその機序は成人と大きく異なることを示している¹¹。

その予後については、死亡率が15～38%、生存者の30～50%が障害を持ち、正常に回復する率は30%で、自宅に戻った時に繰り返される率は31～43%とする文献もある¹²。

（3）社会学的見地からの危険

前記（1）のとおり、心中以外の虐待死した子どもの年齢は、3歳未満が7割を占めるが、これは①その頃の子どもの手がかかること、とりわけ生後2～3か月に泣き行動のピークがあることが一因として考えられる¹³。

そして、②その年齢の乳幼児は自ら被害を訴えることが出来ないこと、親ともコミュニケーションを取れないため、親の側もどうして良いかわからないこと、③乳幼児の育児は密室で行われやすい・孤立しやすいことなども、原因として挙げられる¹⁴。

3 発見される経緯と診断

（1）端緒

AHTの被害児が医療機関に掛かるとき、重症で救急搬送される場合であればともかく、そうでなければ、当初の主訴は外傷ではなく¹⁵、当初掛かる医療機関も小児科等が多い¹⁶。

主訴としては、食欲不振、嘔吐、傾眠、痙攣、

無呼吸、頭囲拡大、発達遅滞などの非特異的・内科的な臨床症状を訴えることが多いために、虐待による頭部外傷が見逃されることもあり、内科的疾患と鑑別してAHTを見抜くことが重要とされる¹⁷。

（2）診断

虐待が疑われる時は、通報義務等の関係でも客観的な証拠を残すことが重要とされる¹⁸。

他方で、AHTは画像所見のみで確定診断することはできないと考えられており、①頭部CTスキャン、②眼底検査、③全身骨レントゲン写真が必須の検査であるとされるが、最終的にはそれ以外の資料も集めた上での総合診断となる¹⁹。

以下は、前掲注6の「虐待が疑われる乳幼児頭部外傷（Abusive head trauma in infants and young children、AHT）の診断・治療・予防の手引き」（以下「AHTの手引き」という。）に項目の記載のあるものを挙げる。

ア 問診（現病歴、家族歴、既往歴・生活歴、処方歴）

乳幼児本人は話せないことが多いため、保護者に聞くことになる。誘導的な問診は行わないことが望ましいとされる。

現病歴として、受傷前後の経緯、受傷時の目撃者の有無、受傷現場の詳細、意識障害や痙攣・嘔吐の有無とその時間・回数、被害児の受傷前の所在・誰が最後に安否の確認をしたか等が重要であるとされる。

また、家族歴として、家族構成と既往歴、虐待の要因となりうる家族問題の有無等が重要とされ、既往歴では過去の虐待を疑わせるような病歴、外傷歴、そして現時点での発達段階と受傷前の精神運動発達等を聞いておくことが重要とされる。

また、分娩外傷でも同様の出血が多いことから、生後6週間以前の時はその可能性も考慮して病歴を聴取することを指摘する文献もある²⁰。

イ 診察（一般）

皮膚損傷、頭部外傷以外の外傷所見の有無を確認する。色彩を鮮明に描出できるように写真を撮影しておくことが望ましいとされる。

また、AHTにおいて頭皮の変化は特徴的であり頭皮挫創、皮下腫脹、挫傷は直接損傷により生じる損傷である。他方、やわらかい皮膚の表面は頭部への衝撃を放散することが出来るため、外表上の損傷所見がなくとも脳損傷を負うこともあるとする文献もある²¹。

ウ 頭部画像診断

入院時に速やかにCT（骨条件も含む）を撮影し、48時間以内にMRIを撮影、1週間後に再検査を行うことが望ましいとされる。

特に、3～4か月以下の乳児の場合では、積極的な頭部CTスキャン撮影が、虐待診断の鍵となるとされる。

CT検査では、出血や脳浮腫の同定と同時に、皮下血腫も同定しておくこと²²、MRIでは新しい損傷と同時に古い損傷が同定でき、虚血性低酸素性病変、白質裂傷やグリオーシス、硬膜下出血の時期、少量のくも膜下出血の同定が可能とする文献もある²³。

とはいえ、救急でMRIを行うことは困難であるとともに、被験者の鎮静が必要であるため、AHTの手引きではMRIは最優先の選択肢とはされていない。

所見としては、硬膜下血腫、一次性の脳損傷²⁴として脳挫傷、くも膜下出血、びまん性軸索損傷等が、二次性の脳損傷²⁵として脳浮腫、低酸素・虚血脳障害等が挙げられている。

エ 全身の骨検索

①0-2歳児には、頭部CT撮影時に同時に施行する。

②3-5歳児には、臨床上骨折が疑われる部分でX検査を施行する。

③骨検索で疑わしい場合、2歳以上の児には骨シンチの適応となる。
とされる²⁶。

2歳未満の乳幼児では、臨床的に明らかではない骨折も存在すること、急性期における画像診断が困難であることから、小児の画像診断に慣れた放射線科医、小児科医が望ましいとされる。また、虐待による骨折の特徴として、骨幹端骨折、肋骨（背部の骨脊椎接合部）、脊椎起骨部、胸骨骨折、肩甲骨骨折の特異度が高いとさ

れるとともに、乳児期前半に頭蓋線状骨折が生じたり、長管骨のらせん状骨折が生じることは考えにくい²⁷ため、虐待を疑わせるとする²⁷。

オ 眼科的所見の検索

なるべく早く、眼科医による眼底所見の検索、写真撮影が必要とされる。

出血の程度、分布はさまざまであり鑑別すべき原因疾患も多いこと、散瞳して行う必要があることから、脳神経外科医、眼科医、小児科医による診察が可能な施設に移すべきとされる。

なお、網膜出血が偶発事故に合併することは少なく、虐待による乳幼児の頭部外傷に特徴的な所見であることは明らかであるが、網膜出血をきたす力学的機序については必ずしも解明されていないし、個々の症例で網膜出血を虐待の診断根拠とすることの科学的な妥当性については議論が残されているとする文献がある²⁸。

カ 脳波

集中治療室入室中の児には、連続脳波を24-48時間施行すべきとされる。

キ 頭蓋内圧測定

ク 他の原因による急性脳症の除外

適応に応じて、血算、凝固性クリーニング、血液培養、髄液検査、ウイルス検査、乳酸・アンモニア・有機酸検査、その他の先天性代謝異常の検索を行うとされる。

（3）家庭内事故との鑑別

虐待による乳幼児頭部外傷は、外部所見に乏しいためしばしば虐待によるものか事故によるものかの鑑別が困難であるとされる。

「家庭内の低いところからの転落・転倒により重篤な頭蓋内損傷が生じうるかどうか」について論じた文献も多い²⁹。総じて「家庭内の低いところからの転落や転倒により重篤な頭蓋内損傷が生じることは稀である」が、「家庭内の低いところからの転落や転倒により重篤な頭蓋内損傷が生じることはない。したがって虐待である」とまで言い切ることはできず、頭蓋内損傷の程度は、頭部に回転する力が加わったか否か、床の性状、頭部打撲部位などの複数の要素に左右されるため、発達段階を考慮し、受傷機転を具体的に聴取して頭蓋内損傷の重症度を説明し

得るか否かを判断することが重要であるとされる³⁰。

文献により、「5か月未満では自分の行動で頭蓋骨折や頭部打撲が生じることは考えにくい」、「歩行開始前の大腿骨幹骨折は身体虐待を考えなければならない。乳幼児の上腕骨及び大腿骨幹部に捻転するような力が加わって生じらせん状骨折は、自然外力では起こりにくい骨折であり虐待による特異性が高い」「虐待による肋骨骨折はどこにでも生じるが肋骨後部骨折が多い」³¹とするものや、「乳児の家庭内の転落・転倒では、頭頂部の縫合線を超えない線状骨折（単純骨折）は起こる可能性があるが、複雑骨折、多発骨折、陥没骨折、骨折線の離解などがあるときは虐待を第一に考える必要がある。」「出血傾向がない乳幼児の硬膜下血腫は、3メートル以上からの転落や交通外傷でなければ起きることは非常に希である。」とするものがある³²。

後記第3の各裁判例を見る限り、具体的な暴行態様と、被害児の身体に残された所見による専門医の判断が重視されるため、一般論で判断することは困難であるし、危険と思われる。

（4）診断基準及びチームでの判断

以上のとおりの診断を経て、医師がAHTを診断することとなるが、これは個々の医師の医学的知識を総動員しての判断であり、診断基準といったものが確立されているわけではない。なお、通告の前提となる「虐待の疑いあり」と判断するか否かについてはいくつかの基準が提唱されている³³。

とはいえ、AHTは虐待の可能性を念頭においた診断であり、通告の要否につながるため、その診断を行うことで保護者との信頼関係を失い、治療契約が中断する可能性もあり、主治医にとって負担が大きい。そのため、チームで対応することがより適切であるとされる³⁴。

3 児童相談所等への通告等

医師には、児童虐待を発見する義務及び発見した場合に児童相談所へ通告する義務がある。

通告についての法的問題点は、第3にて後述するが、「虐待の疑い」について適切に判断する

ためにも、「児童相談所などから入ってくる情報がないと全体像をつかむことはできない。外傷歴が明らかではない乳幼児の頭部外傷では小児科医が児童相談所に通告することが症例の理解に不可欠であると考えられる。」とされる³⁵。

なお、児童虐待の防止等に関する法律（以下「児童虐待防止法」という。）では、通告を受けた機関は通告元を明かさなくてよいとされ、匿名での通告を可能としているが、医療機関が通告を行う場合は、その通告内容が特徴的であり、通告の主体も保護者に容易に推知されうるため、特別な場合を除いては、児童相談所に通告を行ったことを保護者に告知すべきとの指摘がある。

ただし、告知の時期や方法に関しては、子どもの安全を最優先に児童相談所とともに決定することが望ましく、例えば告知をしたら親が病院から子どもを連れ去る危険があると考えられるときには、一時保護を前提の告知か親が連れて帰っても大丈夫と判断したうえでの告知を行わなければならないとされる³⁶。

4 警察への通報

法的問題点は第3にて後述するが、警察への通報は状況判断となる。虐待を疑ったときの社会的対応の最大の目的は子どもの安全を守ることであり、まず法律上の義務でもある児童相談所に通告を行い、相談の上、必要に応じて警察に通告することとする。

AHTの手引きでは、以下の場合には必ず警察に通告すべきとされている（事件としての扱いは、警察の中でも原則として刑事課が行う（加害者が未成年者の場合を除く））。

- ・子どもが頭部外傷もしくは原因不明で死亡した時（異常死として通報義務がある）
- ・頭部外傷が重篤で死の危険があるとき
- ・事件性があると考えられるとき（傷害罪と考えられる場合）³⁷

また、告知などのプロセスにおいて、以下のような場合は警察に応援を頼むことが出来るとされている（この場合、警察では生活安全課が対応することになるようである）。

- ・加害者の暴力性が高い可能性があり、子どもや関係者に危害が及ぶ恐れがあるとき

・医療機関の中で抑制が効かない暴力となる危険があるとき

第3 法的問題点

1 福祉的措置を巡る問題

(1) 一時保護

児童相談所長は、「必要があると認めるとき」には、一時保護を行うことができる（児童福祉法 33 条）。

そして、厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課の「子ども虐待対応の手引き」（平成 25 年 8 月改正版）100 ないし 102 頁を参照すると、非虐待親と思われる保護者が保護を求めている場合（102 頁のフローチャートの①）や、すでに重大な結果が生じている場合（同③）などは緊急一時保護が検討され、そうでなくても、乳幼児であること（同④）からすると、繰り返される可能性（同⑤）について考慮されたうえで一時保護が検討されるように見える。

この点について、①所見があること、②その発生が虐待ないし不適切なかかわり以外に考えられないこと、③保護者から明確な受傷機転が得られないことの各要件を満たす場合には、子どもの安全確保と再発防止を目的に、原則として親子分離の判断を下すとしつつ、比較的症状が軽度で、入院から通告までの期間が長いケースについては、一時保護が行われなくてもあると指摘する文献もある³⁸。

なお、この時児童の安全の確認や、一時保護の執行を行うにあたって、「必要あると認めるとき」は、児童相談所長は警察署長に対し援助を求めることができる（児童虐待防止法 10 条）。

(2) 児童福祉法 28 条申立ての問題

児童虐待における場面において、保護者が虐待を否定することは珍しいことではない。しかしながら、乳幼児の頭部外傷においては、被害者である乳幼児の供述すら得られないため、刑事事件と同様、保護者が虐待行為等を否定している場合には、行為態様の特定及び誰が外力を加えたかの特定が難しいという問題がある。

とはいえ、乳幼児の場合、保護者の保護下に

いることが多く（だからこそ 28 条の必要があることになろう）、保護者の保護下に居ながら乳幼児に【重篤な障害】が生じ、かつその原因を特定し難いという場合には、同じ状況下で類似の事態が生じる可能性を否定できず、当該児童にとっては少なくとも児童福祉法 28 条 1 項柱書の「その他保護者に監護させることが著しく当該児童の福祉を害する場合」に当たるといえる場合も多いと思われる。以下の 3 つの審判例が参考となる。

なお、以下、親族関係の表記は被害児を中心として記載することとする。

ア 平成 10 年 1 月 5 日広島家審

〔家月 50 卷 6 号 104 頁〕

結論：認容

事案：両親・姉と同居していた生後 4 か月の被害児が、自発呼吸が停止する危険のある状態で救急搬送された。

頭部 CT 検査の結果、広範囲に低吸収域が認められ、軽度頭蓋内出血も認められたことが、絞首によるものに酷似しているとされたほか、頸部に首を絞められたような出血班、肩と二の腕にも出血班があった。

その後被害児は自発呼吸が可能となったものの、目の反応がなく、足が動かず、経口授乳ができないので管で授乳しており、発達が遅れるなど、専門的なりハビリテーションを行う必要があった。

判断：裁判所は、事件本人の状態から「事件本人の頸部等に、首を絞めるなどのかなり大きな有形力が加えられたことを原因とするものと推認される。」とした上で、事件本人への有形力の行使につき、「同居者以外の第三者が関与したことをうかがわせる事情は存しない」として、「虐待ともいふべき上記事態は、事件本人が両親のもとで監護されていた日常生活の中で発生したものであり、事件本人を自宅に戻した場合には、再び同様の事態を生ずる恐れがある。」として、リハビリテーション訓練の必要性も考慮し、「事件本人を自宅に戻して両親に監護されることは、現時点では、著しく事件本人の福祉を害するというべき」とした。

イ 平成 12 年 5 月 11 日横浜家審

〔家月 52 卷 11 号 57 頁〕

結論：認容

事案：両親と同居していた生後 9 か月の被害児が、1 か月健診の際両上腕骨骨折、右鎖骨骨折が発見されて即日入院・一時保護となったものの、その後祖父母の要求もあったため、外泊訓練を数回行った上で、いったん一時保護が解除された。

しかし、約 1 週間後に息苦しうにしているとして耳鼻咽喉科を受診し、鼻腔内に異物が挿入されていることが発見され、さらに、定期健診の際、頭部の血腫、頭蓋骨骨折が発見された。

父母は①上腕骨骨折、鎖骨骨折については数日前に 30 センチメートルほどの高さのソファから寝返りを打ってソファの下に置いてあった座布団の上に転落したことや、就寝中の寝返りの際下敷きにしたのかもしれない等と主張し（弁護士は分娩時に起きた怪我ではないかと主張した。）、②左鼻腔内の異物については思い当たることがないと主張し、③頭蓋骨折については、父がこたつの近くで被害児をあやしているとき、突然被害児が足で蹴って踏ん張るように体を伸ばしたため頭部がこたつの縁にぶつかったことがあったと主張した。

判断：裁判所は、「本件において、事件本人の身体上に起こった上記の重大な怪我等が父母等の保護者による虐待行為によるものとまで認めることはできないけれども、前記の怪我等の経緯からすれば、同児童相談所において、父母らに暴力的虐待があったものと疑ったとしてもやむを得ない状況にあったものというべきであり、いずれの怪我等も父母及び祖父母との生活中に、かつその支配下で発生したものであることは否定できない。とすれば、少なくとも、事件本人に対する父母等の養育監護が適切になされていないなかったものというべきであって、事件本人の養育監護を父母に委ねることは著しく事件本人の福祉を害することになるものといわざるを得ない」と判断している。

ウ 平成 20 年 7 月 3 日大阪家審

結論：却下

事案：両親及び姉と同居していた 0 歳の被害児が、痙攣し意識のない状態で救急搬送され、脳挫傷、眼底出血、頭蓋骨骨折、前胸部・背部皮下出血が認められた。

父母は、当初思い当たる原因はないと説明していたが、その後、父があやしているときに 1 回被害児を落としたと言いだした。しかしながら、医師は、損傷の性状や程度から事故とは考えにくく、意図的な外力が加えられた可能性が高いと判断した。

判断：裁判所は、母が姉を寝かしつけるために授乳中に、事件本人が泣き出したので、父に事件本人をあやすように頼んでそのまま授乳を続けたところ、父が事件本人を抱いているときに突然泣き出し、母が抱くと泣き止んだものの、動かなくなって痙攣を始めたため救急車を呼んだとの事実を認め、症状から「眼底出血は頭部への強い揺さぶりが加わり、皮下出血は前胸壁や背部が強く圧迫され、硬膜下出血や頭蓋骨骨折は右後頭部が比較的広い面を持つ鈍体と急激に衝突した結果と判断され、他からの外力により、相当程度の高さから相当程度の加速度で鈍体と衝突して生じた損傷である」として、故意による外力によって生じたもので虐待と認めた。

そのうえで、虐待を加えたものを、年齢からして姉はありえず、母にも動機や状況がうかがわれないとして、父以外に考えられないとした。

しかしながら、事件後、父方祖父が事件本人の受傷について母方祖父母を罵ったり脅迫まがいの電話を掛けたことで、父母が協議離婚をしたこと、事件本人の状態は痙攣抑制薬の投与を受けているものの、手術の必要はなく、診察は 2, 3 か月に 1 回程度でよいので退院が可能である（機能回復訓練には週 1, 2 回の通院が必要）ことから、症状の観察のために乳児院に入所させる必要まではなく、現実には離婚に至り父が自宅を退去した現時点で、母のもとに事件本人を戻すことが養育上特に不適切とは考えられないとした。

私見：審判では、「事件本人の父母の離婚が事件本人を親元に取り戻すための仮装や便法であれば、申立人の抱く疑念も理解できる」とされて

いるため、そうしたことをうかがわせる事情があれば、結論も変わりうる。さらに、当該事案で母親が保育士等の資格を有し、これまで姉・被害児の育児に問題が生じたこともなかったこと、一時保護中の被害児への関わりなどの事情が影響した可能性もある。

エ まとめ

上記アないしウのいずれも、乳幼児の障害の程度が重い事案であるため、仮に症状が軽症の場合にも認容されるかは問題として残る。また、AHTの危険は2歳未満で特に大きいと考えられる傾向もあり³⁹、28条2項の更新を行うかどうかには当たっては、親への働き掛けを不断に行なって見極めをすることが必要と思われる⁴⁰。

なお、AHTやSBSで子どもに重大な障害が生じることは容認しえないものであるが、他方で、虐待行為を確認し難いのに、生後間もない乳幼児を親から分離してしまうことに裁判官が抵抗を感じることは想像に難くない。素人考えであるが、28条を申し立てる場合でも、事案から両親に子どもと面会等を許すことが出来る事情があれば、面会を許容することや、親子再統合への計画を具体的に示し、「都道府県に対する保護者指導の勧告」⁴¹をしてもらうよう上申することは、裁判官の心理的抵抗を和らげ、親子再統合にもつながりうる点で有益ではないかと思う。

なお、28条の申し立てをする場合には、証拠が加害者側に開示される可能性があることから、同時に刑事事件が進行している場合には、時期や開示証拠等について、捜査機関との連絡が必要となる場面もあるかと思われる⁴²。

2 刑事事件に関する問題

虐待が疑われる乳幼児頭部外傷の、刑事事件における問題としては、①行為の特定（及び因果関係）、②殺意の認定、③不作為による殺人罪の成否、④止めなかったものについての幫助犯の責任、⑤量刑などが問題となりうる。

③については、乳幼児頭部外傷の場合といえど他の刑法犯の場合と特に異なる考慮を要するとは思われない⁴³。⑤は法律上の問題点とは趣を異にする。

そのため、本小論では、①を中心として、A虐待行為が認定されたもののうち、捜査段階の自白も目撃証言もなかったもの、B虐待行為が認定されたもののうち、捜査段階の自白あるいは目撃証言があったもの、C虐待行為が認定されなかったもの（無罪）に分けて検討し、その後、正犯の刑事責任に関連する②についても軽く触れることとしたが、④については裁判例が多いわけではなく⁴⁴、まったく別の視点からの考慮を要するため、割愛した。なお、医学的知見の進歩により判断の前提が大きく変わっていると思われるため、検討の対象とする裁判例は平成以降のものを対象とした⁴⁵。

（1）虐待行為が認められたもの（自白、目撃証言なし）

ア 平成21年7月13日神戸地判

[裁判所ウェブサイト]

結論：傷害致死罪（起訴罪名も同様。被告人は無罪主張）

事実の概要：被害児（5歳）は、事件当日午後4時50分頃までは外観上体調に異常がある様子はなかったが、同日午後4時50分頃、他の親族が家を出て、家には、被害児の母である被告人、被害児そして被害児の妹がいる状態となった。それから同日午後5時10分過ぎ頃、母方祖母らが家に戻ると、被害児は意識不明の状態ですべて倒れていた。被害児は、救急搬送されたが、車内で心肺停止の状態となり、翌日死亡した。

被害児の遺体には腹部、腕の内側、足の甲などに普通に生活している状態には不自然な傷が多くあった。被害児の死因は急性硬膜下血腫に基づく脳腫脹である。

<判断>

・レントゲンやCTの画像等を分析したK医師は、CT所見から被害児の硬膜下血腫が病気や先天性異常などの【内的な要因】（血友病や脳の動静脈奇形）である可能性を否定し、【①頭部を強打するなどして、頭部に直接外力が作用して脳が損傷して出血する場合、②脳と上矢状静脈洞という血管をつないでいる比較的太い架橋静脈という血管が破断し、そこから出血する場合】

のいずれかであるとした。

・K医師及び被害児を解剖したL医師は、いずれも、被害児の急性硬膜下血腫は、前記②の架橋静脈の破断によるもので、破断箇所からの出血により急性硬膜下血腫、脳腫脹が生じたとする。また、K医師は、被害児には頭皮下出血がないので、転倒して頭部を強打した結果架橋静脈が破断したことは考えられないとした。

・K医師及びL医師は、本件のように、頭部に外傷を生じさせずに架橋静脈を破断させる原因としては、頭部が激しく揺さぶられたり、マットや布団のような柔らかいものに頭を強く打ち付けることが考えられるとした。

また、K医師は、架橋静脈が破断するには、相当激しく頭部が振れることが必要であって、子どもをあやす程度の揺さぶり方では足りず、被害児の体に防御や抵抗しようとする力を働かせることなく頭部が完全に振り切れる状態になるまで振られることが必要であるから、被害児が自分で高いところから飛び降りたり、自分で頭を振ったり自分で柔らかいものに頭を打つように転倒するような場合、被害児の体には防御や抵抗しようとする力が働くので架橋静脈は通常は破断しないと供述し、L医師も、同様に、被害児自身の行為によっては、通常架橋静脈は破断しないと述べた。

・そのうえで、午後4時50分から午後5時14分までの間、被告人方には被告人、被害児、妹しかいないのであって、被害児自身の行為や妹の行為では被害児に架橋静脈が破断するような状況は生じないのであるから、被告人が被害児に加えた有形力によって被害児の架橋静脈が破断したと推認することが出来るとした。

イ 平成19年7月20日奈良地判

[裁判所ウェブサイト]

結論：傷害罪（起訴罪名は殺人未遂。被告人は無罪主張）

事実の概要：被告人は、9月4日及び5日の2回、いずれも被害児（生後8か月）を入浴させた。

被害児の母は、9月5日午後6時ころ、知人に、被害児が引き付けのような状態で泣いてい

て、ふろに入れたら暴れて落ちた、その後ミルクを飲まない、おかしいのでとりあえずそっちに電車に乗せると電話し、知人方に赴いた。そのとき、被害児の顔等にはあざがあり、呼吸がしづらそうな状態だった。そのうちに被害児の容体が悪化したため、被害児は救急車で病院に搬送された。

CT検査の結果、被害児の脳内に出血があり、呼吸促進が認められ、放置されれば頭蓋内圧の亢進が脳幹圧迫に至り、死亡する可能性がある状態であった。

その後MRI検査の結果、慢性硬膜下血腫の増大による脳実質圧迫進行、脳実質の萎縮が見られたことから、被害児は手術を受けた。裁判時の傷病名は慢性硬膜下血腫及びびまん性脳損傷であり、重篤な精神運動発達遅滞の後遺症等が相当見込まれる状態にある。

<判断>

・母は、公判廷で9月4日に被告人が被害児をふろに入れるまでは被害児の体調に異常はなく、顔にあざ等はなかったこと、被告人らが出た後で自分が風呂に入っている間、被害児の大きな泣き声や、『ゴンゴン』か『パシパシ』という音が聞こえ、急いで風呂から出ると、被害児にたんこぶやあざがあったこと、5日昼前頃、被告人が被害児をふろに入れた際、最初泣き声が聞こえ、次に口に水を入れられるような『アブアブ』という被害児の声、『ゴンゴン』という音が聞こえたので、心配になり浴室の前まで行くと、浴室のドア越しに被告人が洗い場で横向きに座り、両手を下に向けて手を洗うように動かしている様子が見えたこと、20分くらいして呼ばれていくと、被害児の目は半開きで、ぐったりとしており泣かず、しゃっくりのようなヒーヒーという呼吸をして左目にあざ等があったことを述べている。

・被害児を初診した脳神経外科の医師は、①急性硬膜下血腫では通常外傷が起こった直後から出血が生じ、約24時間は出血の増大があること、最後の病院、搬入時、9月7日のそれぞれに撮影されたCT画像を比較すると血腫に変化はないので、同月6日から7日の間に血腫の拡

大は止まっており、被害児の出血が始まったのは同日5日と思われること、被害児の意識障害や麻痺等の症状は急性硬膜下血腫によるものであるが、血腫量がさほど多いものではないので、びまん性軸索損傷（回転加速度がかかり、神経線維が断断されることによっておこる変化）の疑いがあること、②被害児の顔面の皮下出血や腫脹については、最後の病院で撮影された写真と、搬送時の写真を比べると、皮下出血は変わらないが腫脹がひどくなっているため、腫脹は当初（9月5日）に生じたものと判断できると述べた。

・鑑定受託者であるE医師は、被害児の両側前頭葉及び半球間裂に硬膜下血腫があること、骨折がないこと、顔面に多数の皮下出血があることから、殴る、強く揺さぶる、振り回すなどの行為が加えられたものと思われ、ふろ場で転んだり落ちたりするような外傷で生じたとは説明しにくいこと、皮下出血や眼底出血があることは何度か外傷があったことを表しており、骨折を伴わない硬膜下血腫があることから虐待の典型的症例であること、被害児の顔面の紫斑の出現時期につき、皮膚科・形成外科の医師から、左ほほの紫斑は比較的新しく3日以内くらい、その他の額及び頸部の紫斑は1週間から10日以内と考えるのが妥当であるが、断定できないと回答されたことを述べた。

・裁判所は、以上をもとにし、被害児は9月5日の入浴時点で、被告人からその身体を強く揺さぶられたり、顔面を殴打されたりしたことにより、急性硬膜下血腫等の傷害を負ったものと推認することが出来るとした。

ウ 平成19年横浜地判（時期不詳）

〔犯罪学雑誌75巻2号31頁〕⁴⁶

結論：傷害致死（起訴罪名も傷害致死。被告人は無罪主張）

事案の概要：被害児（生後5か月）が布団の上でぐったりしているのを仕事から帰宅した母親が発見し、119番通報したが、搬送先の病院で死亡が確認された。母親が仕事で外出中は、父親である被告人が被害児の面倒を見ており、同日も被害児といいたのは被告人のみであった。医

師から虐待通告の説明を受けた際、被告人は「外の空気を吸ってくる」と言って病室を後にし、行方不明になった。

被害児には、①左肩関節前面から右肩関節前面にかけて、皮下出血が約20個あり、左右の前胸上部外側に、拇指頭面大でほぼ左右対称に位置する2個の筋肉内に達する皮下出血がある。②脳は著明に浮腫状で頭蓋骨折は認められず、左頭頂部に硬膜下血腫、右頭頂部に示指頭面大の再出血部分を伴う硬膜下水腫が、右頭頂葉の白質、脳梁および右帯状回に脳実質の断裂がそれぞれ認められた。また、左右側頭葉下面および左頭頂葉に比較的新しい外傷性くも膜下出血が認められた。

また、眼球はHE染色によって、左右ともほぼ全域にわたって高度の網膜出血を認めた。

<判断>

・解剖医は、被害児の死因は頭蓋内損傷による脳浮腫に基づく呼吸不全と考えられるとし、外表や皮下組織に損傷が認められなかったことから、これらの頭蓋内損傷が比較的柔らかい物体との接触によって生じた可能性が高く、網膜出血については、いわゆるshakingあるいはsoft impactで生じた可能性が考えられるとした。母子頭面大2個の皮下出血は、成人が被害児の両側を両掌で支えて抱き上げたとすればちょうど親指が当たる位置に形成されており、筋肉内に達するやや高度の出血であったことから、成人が被害児の両脇を強くつかんだことで形成されたものという解釈が可能だとした。

・SBS専門家は、本件はSBSの典型であり、殊に眼球損傷として認められた網膜ひだ、及び頭頂外表に損傷を伴わない脳実質の断裂という深部損傷は「それ以外の機序では説明がつかない」と述べた⁴⁷。

・これに基づき、裁判所は、①被害児の前胸上部、左右対称に認められる筋肉内出血は、抱き上げて揺さぶった時に前胸部に当たっていた親指が大きく食い込んで血腫を形成したものと考えられる、②被害児に認められた脳実質損傷は、回転性加速度減速度運動により生じる、③乳児の場合、頭部が弧を描く回転性の動きのため、

前後若しくは少し斜めに揺さぶられるという態様が最も考えられる、④乳児を揺さぶった場合、頭部が少し斜めにずれて動くため、脳が左右にねじれ、中心部に大きな力が加わることになる、⑤被害児の脳の中で、脳実質損傷のある右帯状回、左右内包、脳梁は、上記のように大きな力が加わる部分と一致している、⑥被害児は上記一次性脳損傷により、脳浮腫が急激に進行し、脳圧が亢進し、脳が圧迫されて大後頭孔に脳幹の呼吸中枢がはまり込み、呼吸が停止したものと考えられる、⑦被害児に認められた広範な網膜出血は、事故などでは決して認められず、このような網膜出血や網膜ひだは、眼球が眼下に打ち付けられ、網膜全体が揺さぶられて生じたものである、⑧被害児の各傷害は、揺さぶりだけでも説明できるが、揺さぶった後布団などの柔らかいものにたたきつけるといったインパクトを加えた場合には、よりよく説明できる、⑨しかし、(深部の)脳実質損傷はインパクトだけでは起こらず、揺さぶりは必須である、⑩その後インパクトがあれば、さらに大きな外傷が生じるのであって、いわゆる「高い高い」を繰り返したという態様では、被害児に生じた損傷・死亡が説明できない、とした。

エ 平成 14 年 6 月 3 日横浜地判

結論：傷害致死（事案は 5 件の傷害と 2 件の傷害致死であるが、ここでは傷害致死について取り上げる。被告人の主張は暴行の事実の否定、暴行の故意の否定である。）

事実の概要：被害児 A（当時 1 歳）は、事件当日の朝は普段と変わらない様子であり、午前 9 時に被告人の経営する無認可保育園に預けられた。

同日午後 4 時ころ、被告人から母親に電話があり、被害児 A が吐いたような下痢をし、熱が 35 度であるなどといわれた。そこで同日午後 5 時 40 分頃、母親が被害児 A を迎えに行くと、被害児 A は毛布を掛けて寝かされており、母親が声をかけても反応せず、薄目を開けたまま全く身動きをしなかった。

その後何度呼び掛けても被害児 A が反応しないため、母親が病院に連れていくこととし、被

害児 A を抱き上げたところ、頭がガクンと後ろに倒れ、被害児 A の体から力が抜けたようになった。病院に向かう途中から被害児 A の呼吸音が聞こえなくなり、病院に着いた時にはすでに心肺停止状態で、その後死亡した。

なお、同日午前 9 時頃から午後 5 時 40 分頃までの間、保育を担当していたのは被告人だけであった。

被害児 B（当時 2 歳）は、事件当日午前 7 時 30 分頃、母親によって被告人の保育園に預けられたが、その際体調に変わったところはなかった。

母親が被害児 B を預けて数分したところで、被告人から携帯電話に、被害児 B がひきつけを起こしているのですぐ来てほしいとの連絡を受けた。そこで、母親が慌てて戻ると、被害児 B は床の上に寝かされており、名前を呼びかけても答えることなく、目の焦点が定まらない状態であった。被告人は、母親に「吐いたので寝かした。救急車は必要ない」といい、近くの小児科へ行ってみるというて出て行ったが、医師がいなかったとしてすぐ戻ってきた。

母親は自ら 119 番通報し、被害児 B は救急搬送されたが、すでに自発呼吸のない状態であり、治療を受けるも頭蓋骨骨折等の重傷を負っていたため快方に向かわず、午後 7 時 52 分、死亡した。

なお、同日保育を担当していたのは被告人だけであった。

<判断>

被害児 A については、被告人の保育園に預けられる前は元気な様子であったこと、母親が迎えに行った際既に呼びかけに答えられない状態であり、その後病院に運ばれたが死亡したことを認めたとうえで、医師によれば、被害児 A の後頭部には広範な皮下出血があり、その状況等から、被害児 A の頭部が平面様の鈍体に複数回打ち付けられたと考えられること、さらに皮下出血は、死亡時より 1 ないし 2 日以内に生じたものであること、保育園で保育を担当していたのは被告人だけであり、被告人は園児にしばしば暴行を加えていたことから、暴行行為を認めた。

そして、医師の、被告人の暴行により被害児 A はびまん性脳損傷の傷害を負い、それにより死亡したとする意見を採用し、因果関係を肯定した。

被害児 B については、被告人が被害児 B の肩を突き押しして後頭部を床に打ち付けたことを自認しているところ、保育園に預けられる前は被害児 B に変わった様子がなく、被害児 B が預けられた直後に異常が発生していること、被害児 B は頭蓋骨骨折を伴う頭部打撲という重傷を負い死亡していること、同日保育園には被告人しかいなかったことから、被告人の暴行の結果被害児 B が死亡したことは明らかであるとした。

(2) 捜査段階の自白又は目撃証言がある事案 ア 平成 17 年 5 月 20 日さいたま地判

[裁判所ウェブサイト]

結論：傷害致死（起訴罪名も傷害致死。被告人は無罪主張）

事案の概要：被害児（生後 1 歳 3 か月）ともう 1 人の子が押し入れの上段に置かれたベビーキャリーの中に寝かされていたが、被害児が寝付かず泣いていたため、父である被告人がいらだった声で「うるせえな」といいながら、直接抱いてかベビーキャリーごと運ぶかいずれかの方法で、隣の部屋に連れて行った。

すると、被害児が異常に甲高い大声で「ギャー」と叫んだ。母親が被告人から呼ばれていくと、被害児は座布団の上に寝かされたまま、目は半開きで焦点が合わず、ひっくひっくというように小刻みに痙攣し、力が抜けたようになっていて、顔色も青白く、呼吸も無くなっていた。そして、被害児の右ほほには、桜色のあざが出来ており、母親は被告人が泣き止まない被害児を叩いたのだと思った。

被告人が 119 番通報して、被害児は、同日午後 4 時 40 分頃、救急搬送されたが、心肺停止状態に陥っており、同病院で心肺蘇生術を受けて、同日午後 4 時 46 分頃、心拍が再開した。しかし、検査の結果、頭蓋内出血の所見が認められたために、同日、専門病院に転送され、その後死亡した。

担当医師は、虐待を疑い、被告人にも問いた

だしたが、被告人は「そんなことしていません」と大声で否定した。

ところが、被告人は、ソーシャルワーカーから尋ねられると、「電気スタンドが倒れてあたったかもしれないし、その熱で赤くなったかもしれない」などとあいまいな返事をし、さらに、病院に駆け付けた父方祖父から原因を尋ねられると、「俺はよくわかんねえけど、子どもが蹴っ飛ばしたんじゃないかと思う」と答えた。その後、母親が「また、たたいたんじゃないの」と被告人を問い詰めたが、被告人は「おれは何もしてねえよ」と否定したうえ、「余計なこと言うなよ」と言った。

<判断>

- ・搬送当日に行われた検査の結果、被害児には左前頭葉の急性硬膜下血腫と脳挫傷を伴ったくも膜下出血の同時発症や、大脳鎌後半に沿った大脳縦裂（半球間裂）の硬膜下血腫の発生が認められ、頭部 MR I 撮影の結果、出血が 24 時間以内に起きていたことが判明した。

- ・（おそらく医証等から）2 歳以下の乳児の場合、比較的軽度の頭部外傷、例えば、頭部への揺さぶりや、あまり固くないものへの後頭部の打撲によっても、急性硬膜下血腫が発症することがある、くも膜下出血の原因としては、頭部への高度の衝撃が知られており、例えば、3 か月児を座布団とバスタオルを敷いたベビーキャリーごと約 53 cm の高さから放り投げた場合、頭部表皮に外傷が認められなくても、頭蓋骨の脆弱性と脳実質の未熟性を考えると、脳挫傷、くも膜下出血及び急性硬膜下血腫を発症させるには十分と認めた。

- ・上記を前提に裁判所は、被告人が事件前から被害児の顔面を平手でたたいたり、身体を持ち上げて揺さぶったり、布団でくるんで圧迫するなどの虐待を加えていたこと、医師には暴行を否定しながら、ソーシャルワーカーや父親には根拠なく場当たりの説明をし、母親には「余計なことを言うなよ」というなど、被害児の容体急変に後ろめたさを感じていたことがうかがえ、これからすれば、被告人は、被害児を隣の部屋につれていった際に、被害児の脳に高度の障害

を与えるような暴行を加えたことが強くうかがわれるとして、被告人の捜査段階の自白の信用性を認めた。

イ 平成 27 年 4 月 2 日旭川地判

〔裁判所ウェブサイト〕

結論：傷害（先行する暴行について一部無罪。被告人は全部無罪主張）

事案の概要：一時保護から帰宅した被害児（生後約 7 か月）について、8 月 22 日には両頬の皮下出血以外に負傷箇所は認められなかったが、9 月 8 日夜に救急搬送され、その際には、両側前頭部硬膜下血腫、軸索損傷、眼底出血、内臓損傷、左右肋骨骨折のほか、全身の少なくとも 12 か所に複数の機会に生じたと思われる打撲ないし圧迫傷があり、被害児は、全治不明の外傷性脳損傷等の傷害を負った。

＜判断＞

・被告人は、捜査段階に、8 月 5 日から 9 月 8 日までの間に、被害児に対し、顔を平手でたたき、胸や腹をつねる、腹をこぶしで殴る、左右の太ももやふくらはぎをつねったりかじったりする、抱きかかえた状態からクッションマットに投げるなどの暴行を加えたほか、同日夜にはうつ伏せに寝ていた被害児の右わき腹をつま先で蹴って被害児をダンベルに衝突させた旨自白していた。

・医師は、被害児の各皮下出血について、左右大腿部、左膝下、右下腿の打撲ないし圧迫傷については咬傷である可能性が高いこと、左右肋骨骨折は極めて局所的な範囲の衝撃により生じたものであるとした。

・それを元に裁判所は、各損傷は被告人の自白と矛盾がない上、生後約 7 か月で自由に身動きの取れない被害児の身体の異なる箇所、故意になされたとしか考え難い咬傷や単純な落下事故等では生じ難い局所的な肋骨骨折を含む複数の機会に生じた多数の損傷があることは、それ自体、日常的な暴行を被害児が受けていた事実を強く推認させるものであるところ、その年齢や生活状況に照らせば、そのような暴行をし得るものは被告人と母親以外には考え難いこと、母親がそのような暴行をしていた事実を疑うべ

き事情がないことも、被告人の上記自白を強く裏付けるとした。

・母親は、公判廷において、8 月 5 日から 9 月 8 日までの間、被告人が寝室において、寝ている被害児の腹部を殴ったり、平手でたたいたりしたのを 5 回以上見たこと、9 月 8 日夜、居間から物音がしたため振り返ると、被害児がぐったりしており、被告人が被害児の側に立っていたこと、被害児を抱きかかえたがその両目が斜め上に向けて焦点があっておらず、意識がなかったことなどを供述していた。

・以上から、被告人の自白の信用性を認めた。

ウ 平成 26 年 6 月 20 日横浜地判

〔裁判所ウェブサイト〕

結論：傷害致死、死体遺棄（起訴罪名も同様。被告人は暴行行為は程度の軽いもので、死の結果との因果関係を否認。なお裁判員裁判）

事案の概要：被害児（6 歳）及び母親と同棲を始めた被告人が、事件当日、被害児の顔にシャワーの水をかけ、顔を叩いたり、顔を浴槽に沈めたりした上、携帯電話の充電器のコードで両手首を後ろ手に縛り、うつぶせの状態で浴槽内に 2 度沈め、立ち上がってきた被害児のくるぶし付近を持ち逆さ吊りにした状態で頭部を浴槽に沈めては上げるという暴行を数回行った。

その後、被告人は被害児を縛っていたコードをほどいたが、被害児が浴槽を出ようとしたときに左足を滑らせて転び、左側頭部と後頭部の間辺りを浴室出入り口の段差にぶつけるとともに、被告人の右足に被害児の頭が接触した。被告人は怒りを覚え、右足の甲で、被害児の右肩甲骨付近を押し上げるようにして蹴り、被害児の額を浴槽の壁面に打ち付けさせた。

その 2, 30 分後、浴室から音が聞こえたので、被告人が浴室に向かうと、被害児が倒れており、その後被害児は死亡した。

＜判断＞

・被害児の遺体は、発見された時点で完全に白骨化していたが、被害児の頭蓋骨は地面に露出し、冠状縫合のみが左右均等に離開していたが、他に縫合離開や骨折は見られなかった。

・まず、①頭蓋骨の大きさや歯形等の痕跡が見

当たらないことに照らし、動物が嘔むなどしたことによって離開が生じたとは考えられない、②頭蓋骨はその全部が露出する形で野ざらしになっていたことから、特に冠状縫合部分のみが自然に離開した可能性も極めて低いとして、離開が被害児の死後に生じたとは考え難いとした。

・解剖、鑑定をしたC医師は、前頭部に離開が生じる程度の外力が加わり、上下にずれるように冠状縫合が離開した可能性が高いと証言し、また、D医師は臨床医の立場から、前頭部ないし前額部のほぼ中心部分に骨折する程度の強い外力が加わり、冠状縫合の離開が生じた可能性が高いと証言した。

・裁判所は、上記両医師の証言の信用性に疑問がないとして、これと異なるE医師の、前頭部に外力が加わった場合には矢状縫合が離開する可能性が高いとの証言を、あくまで一般論を述べたにすぎず、上記両医師の推論を覆すものではないとした。

・被害児が転倒し出入口の段差で左側頭部から後頭部の間辺りをぶつけたことが冠状縫合離開の原因であるかについて裁判所は、E医師の、打撃点が左側頭部から後頭部付近だとすると冠状縫合の離開は生じにくいとの証言及び、D医師の、側頭部にある側頭骨は比較的薄く、仮に冠状縫合が離開するほど強打したのであれば側頭骨自体に亀裂骨折等の損傷が生じる可能性が高いが、被害児の側頭骨に亀裂骨折等はなく、冠状縫合が左右均等に離開していることも考えると、側頭部への衝撃による離開とは考え難い旨の証言を採用し、排斥した。

・そのほか、遷延性窒息、低体温症の可能性を排斥して、被告人の行為により被害児の頭部の冠状縫合離開が生じるとともに頭蓋内損傷が引き起こされ、被害児が死亡に至ったと認めた。

(3) 虐待の事実が認められなかった事案

平成28年2月26日大阪地判

〔裁判所ウェブサイト〕

結論：無罪（訴因変更後の公訴事実は傷害致死。なお、裁判員裁判）

事案の概要：父親である被告人は、被害児（生後2か月）と、母親と同居していたものである。

被告人は、3月23日は夜勤で家を空けていたが、3月24日の夜には家にいた。

母親は、3月24日の午後9時ころに被害児を寝室で寝かしつけた。そのころ被告人はリビングにいた。その後、被害児が夜泣きをした際に、首元や服が濡れていたため嘔吐がわかり、被告人と母親が被害児の服を着替えさせミルクを飲ませたことが2回あった。嘔吐の量が普通と違ったので病院に連れて行かなくても大丈夫かと心配になったが、朝まで様子を見ることとし、3月25日朝8時になって被害児が泣いたので、被告人が被害児を連れて寝室を出た。

被告人は、3月25日の午前10時に被害児を誤って落下させたと述べている。

被告人は、3月25日午前10時31分に119番通報し、同日午後8時32分ころ、被害児の死亡が確認された。

<判断>

・鑑定書等を書いたB医師は、①亜急性死に該当する所見があり、②脳の損傷の程度、③各検査の結果から、被害児が脳損傷を受けてから死亡するまでは、大まかに半日程度と推定され、少なくとも一日は超えず、そうすると、被害児の受傷は、3月24日の夜から同月25日午前10時31分までの間が考えられるとした。

・B医師はさらに、3月25日午前10時36分に救急隊が到着した時は被害児が心肺停止になっていたこと、その時点で人工呼吸器を装着されていたとすると、その時点で脳の血流が途絶えていた可能性が高く、脳の中の出血部の炎症反応は少なくとも6時間から8時間前に起こっていないといけないことに鑑みると、受傷時期は午前10時半を起点として6ないし8時間遡る必要があり、3月24日の夜間から25日未明にかけてであると考えるのが符合すると述べた。

・C医師は、被害児が一時は心肺停止に至ったとはいえ、その後心拍を再開していることから、10時半からさかのぼることは間違いであり、3月25日午前8時以降に受傷したとしても矛盾しないとした。

・裁判所は、C医師が当初の心肺停止後は死亡に近い状態であったと考えられると述べている

ことや、B医師が受傷から2、3時間後といった急速に症状が出てくるとは考え難いと言っていることに鑑みると、3月25日に午後8時頃以降に受傷したと考えることには疑問が残るとし、さらに被害児は午前11時27分頃CTを実施されているところ、CTは、脳の構造物が判別出来ず、いわゆる低吸収域が全体に広がっている状態になっていることから、そうした状態になるには、通常受傷から6時間以上経過していると複数の医師が述べているとし、3月25日午前8時頃より前の未明ごろにはすでに脳損傷が生じていたのではないかと疑われるとした。

・そして、被害児は夜中に嘔吐しているところ、被害児にはこの時点で異変が生じていた可能性があり、その時点で脳損傷に至る受傷をしていた可能性も排斥されず、理論的には母親にもその機会があったとし、①母親が、母方祖父や被告人に被害児を叩いたなどのメールを多数送っていること、②3月24日、25日には、母親に精神的不安があったことをうかがわせるメール履歴や被告人と喧嘩したという状況があり、本音をいえば自分のやった行為が積み重なって死亡したのではないかと思っただが、被害児の死因が急性くも膜下出血であると知って、急性であれば私のせいではないと思っただと述べていることからすると、何かしら脳損傷の原因となる行為に心当たりがあることがうかがわれ、被告人以外の者による暴行の可能性を排除することができないとして、無罪とした。

(4) 殺意が争点となったもの

ア 平成19年7月20日奈良地判(前掲(1)イに同じ)

(被告人が被害児の頭部を浴室の床に打ち付けたとの検察官の主張に対し)母親が聞いた「ゴンゴン」という浴室からの音は、どのような原因によって生じたのか明らかにすることができる証拠はない上、被害児の頭頂部や後頭部に傷はなく、骨折がないこと等の客観的事実に照らせば、被告人が被害児の頭部を浴室の床等に打ち付けたとの事実を認めるには合理的な疑いが残るとした。

(生後8か月の幼児の顔面を殴ったり身体を揺

さぶれば死ぬかもしれないことは認識でき、未必の故意があるとの主張に対し)、被告人が被害児の顔面を殴ったり、その身体を強く揺さぶったりするなどの暴行を加え、被害児に急性硬膜下血腫等の傷害を負わせた事実が推認されるが、その際の被告人が被害児の位置、体勢、方法等の具体的状況は関係証拠上不明であり、被告人の行為態様から、直ちに被害児に対する未必的殺意を推認することはできないとした。

イ 平成17年2月4日大阪地判

[判タ1176号304頁]

結論：傷害致死罪(公訴事実は殺人。被告人は殺意を争い、傷害致死罪を主張)

事実の概要：被害児(4歳)が叔父(母親の弟)にあたる被告人(18歳)の布団の上に寝小便をしたところ、その後被告人が布団の上を歩いて寝小便に気づき、被害児への暴行に及んだ。

他の叔父が呼びかけても被害児は無反応だったので、119番通報をしたところ、被害児は、左側頭部を打撲して頭蓋内に硬膜下血腫をきたし、その結果脳の循環不全により外傷性脳腫脹をきたし、これによる脳機能障害により死亡した。

<判断>

・犯行を目撃していた叔父の証言をもとに、被告人は、被害児の両足を両手でつかんで逆さ吊りにした上、ある程度の勢いをつけて被害児を頭から落下させ、頭を床上に1回強く打ち付けたこと、逆さ吊りにしたときの被害児の頭の高さは床面から40cmくらいであったこと、他の叔父が止めに入った後も、被告人は被害児の頭を少なくとも4、5回床上に打ち付けようとし、そのうち何度かは被害児の頭が床に当たったものの、さほど強い衝撃を与える程度のものではなかったことを認めた。

・そのうえで、被告人の行為は、それ自体を客観的に見れば、人を死に至らせることも十分にありうる危険なものであったことは否定できないとしながら、本件行為の態様は、両足首を両手でもって、被害児の体を持ち上げるというもので、被害児の体重を考慮すれば持ち上げられ得る高さにも自ずから限度があり、実際持ち上

げた時の被害児の頭部は、証拠上床面から 40 センチ程度である上、被告人の手は被害児の体重を支えるのに震えていたことが認められるのであるから、そのような状態で、被害児の頭を勢いをつけて床に打ち付けることは容易とは言えず、したがって被告人が被害児の頭部を床上に打ち付けた勢いが強度のものであったとまでは認めがたいとし、そのほか被告人の目線からは横から見た場合と違い客観的危険性を正しく認識することが難しかった可能性があること、日常生活では頭を柱にぶつけたからといって生命への危険まで感じることは少ないこと、被告人が乳幼児に接する機会が多くはなく、被告人自身が 18 歳の身では危険性を実感できなかった可能性があること等を考慮し、直ちに被告人の殺意を認定することはできないとした。

ウ 平成 16 年 7 月 26 日名古屋地判

〔裁判所ウェブサイト〕

結論：殺人（被告人は殺意を争い、傷害致死を主張したが、確定的殺意を認定）

事案の概要：父親である被告人は、母親、被害児（生後 4 か月）と同居しており、母親がパートに出ている間は被告人が被害児の面倒を見ていた。事件当日、午後 5 時前から母親がパートに出たので、被告人は 1 人で被害児の面倒を見ていた。そして、被告人は、午後 8 時 29 分頃から午後 8 時 47 分頃まで、母親と携帯電話でメールのやり取りをし、被害児がミルクを飲まないなどという内容のメールを送信していた。

その後、午後 8 時 55 分頃、被告人は意識のない被害児を抱きかかえて、棟続きの隣人方に助けを求めて訪れ、隣人が 119 番通報をした。

被害児は、同日午後 9 時 30 分頃、病院に搬送され、CT スキャン検査がなされたところ、頭蓋骨骨折、脳浮腫、急性硬膜下出血が認められ、これらの創傷は、被害児が病院に搬送される数時間以内に生じたものと診断された。

被害児はその後死亡した。

<判断>

・鑑定医は、被害児の頭蓋冠の 3 条の離間骨折は、床、壁、机等の作用面の広い鈍体で強く打撲して生じたものであり、それぞれの骨折が独

立していることから、少なくとも頭部を 3 か所強く打撲している。そして、右側を中心とする広範な硬膜下の出血、所々に点在するくも膜下出血は、頭蓋骨骨折を生じた頭部外傷により起こったものであり、被害者の死因は、その頭部打撲により起きた急性硬膜下出血に起因した脳圧迫であるとした。

そして、鑑定医は、被害者は生後 4 か月弱の乳児であり、自為により激しく転倒したり、転落したりして、頭蓋骨骨折が起こる程度に頭部を強く 3 か所打撲したとは考えにくいので、前記の頭部打撲は他為によるものであるとした

・裁判所は、以上に基づき、事件当日午後 8 時 50 分過ぎ頃、被告人方において、被告人が、故意に被害児の頭部を複数回強く打ち付けたことが推認できるとし、被告人の捜査段階の自白は、これに合致し、具体的・詳細でもあって信用できるとし、確定的な殺意があったことは優に認定出来るとした。

エ 平成 13 年 7 月 4 日さいたま地判

〔裁判所ウェブサイト〕

結論：殺人（公訴事実も同様。被告人は殺意がなかった旨主張）

事実の概要：社宅の上階の住人（母親）に対し、騒音、経済状況、出産等から、恨み、不満をつのらせていた被告人が、母親がミルクなどを作るため、被害児（生後 6 か月）を被告人に任せて離れた際、被害児につねるなどの暴行を加え、さらに被害児の頭部をサッシ窓のアルミ枠に強く打ち付け、約 170 センチメートルの高さから床面に放り投げ、硬膜下血腫を含む重症頭部外傷の傷害を負わせ、これにより被害児を脳死状態に陥らせ、死亡するに至らせた。

<判断>

・被告人は、捜査段階では、つねる程度ではむしろしゃくしゃくが収まらず、頭を打ち付け、さらにもしかしたら死んでしまうかもしれないとわかりながら、170 センチメートルの高さから子ども用のマットレスの上に放り投げた旨供述していた。しかし公判廷では、今やるしかないのよという声が出たと思い、頭部を 1 回ついたが、手加減をしたので死ぬとは思わなかった、高い

高いをして2,3回回ったところでめまいをして放り投げてしまった、マットレスの上なので死ぬとは思わなかった、危害を加えた理由はない、気まぐれでやったと供述していた。

・裁判所は、被告人の公判供述について、①被告人が被害児に危害を加えた理由の説明になっていない、②被告人の行為は次第にエスカレートしており、手加減したとするのは不自然である。③頭部への攻撃が危険が高いことは一般常識で、死の危険を生じることが明らかである、④犯行後の被告人の行動も、被害児を傷つけることを企図していなかったものの行動として不自然である、として、捜査段階の自白の信用性を認めた。

(5) まとめ

上記各裁判例はAHTに関する裁判例のごく一部と思われ、報道によると無罪あるいは起訴猶予等となった事件も相当数存在するようと思われる。よって、上記から裁判例の傾向を窺取することはできない。とはいえ、判断に重要な要素について考察することは可能である。

ア 殺意の認定について

殺意が争点となった場合に、通常の揺さぶり行為のみ、あるいは行為内容が不確定((4)アイ)である場合は、殺意まではなかなか認めづらい傾向があるように見える。

ただし、殺意の認定においては、「創傷の部位」「創傷の程度」は大きく影響する間接事実であり⁴⁸、頭部を地面に打ち付ける行為まで具体的に認定できた場合には、その高さや回数、強度にもよるが、殺意が認められる傾向にあるといえよう((4)ウエ)。

また、SBSが世間に知られるにしたがって、これらの評価の前提が裁判時と異なってくる可能性もあると思われる。

イ 行為態様の認定

行為態様が争われた類型では、医師の意見が非常に重要であることがわかる。また、そこで触れられている各所見は、3(2)で触れた診断項目とよく一致しており、医療機関に掛かった段階でこれらの所見がきちんとチェックされているかどうか、証拠化されているかどうかは、

その後の刑事裁判においても非常に重要であるといえる。

また、ほとんどの事例では被害児に外力を加える可能性があるものを1人に絞り込んでいるが、これは、他の親族の証言や、受傷時期についての医師の証言によってなされている。それが十分なものではなかった場合に、(3)のように無罪事案となることも起こりうるように思われる。

AHTについては、保護者が述べる受傷転帰が必ずしも信用できないことが大きな特徴といわれる⁴⁹。

にもかかわらず、捜査においては、初動段階で、その保護者のうちいずれの供述を信用するかの判断を迫られることが多いと思われるところ、それに被害児の体に残された痕跡から導かれる犯行時期との間につじつまが合わない部分が生じる場合には、慎重な捜査が要請されよう⁵⁰。

また、裁判員裁判である(3)が無罪となった背景には、弁護側からの証拠開示が認められるようになったため、従来であれば開示が認められなかった、医師が鑑定意見を作成する元となる証拠(CTやMRI、レントゲン、皮下出血の写真等といった証拠)が開示され、弁護側がこれを医師に見せて検討することが出来たことが大きいように思われる。

とはいえ、被害児の体に残された痕跡から、ある時点の犯行を「ない」という立証を行うことは、悪魔の証明に近く難易度が高いため、弁護側としても安易に奏功するとは考え難い主張であると思われる。同じく裁判員裁判である(2)ウがそのことを端的に示している。

なお、刑事弁護人の立場から考えると、①被疑者段階では医証が明らかではない上に、前記イ、第2の2(3)のとおり、専門医の知見が重視されることからすると、中途半端な知識を被疑者に与えることでミスリードする危険に特に注意する必要があるとともに、②保護者間での利益相反に注意する必要があると思われる⁵¹。

3 通告に絡む問題

AHTについての「通告」は、その性質上、医療機関より行われることが多いと思われる。

児童福祉法 25 条は、「要保護児童を発見した者は」「市町村、都道府県の設置する福祉事務所若しくは児童相談所に通告しなければならない。」とし、児童虐待防止法 6 条も「児童虐待を受けたと思われる児童を発見した者は、速やかに、これを」「市町村、都道府県の設置する福祉事務所若しくは児童相談所に通告しなければならない」としている。そして、「刑法の秘密漏示罪の規定その他の守秘義務に関する法律の規定は」「通告をすることを妨げるものと解釈してはならない。」とされている（児童福祉法 25 条 2 項、児童虐待防止法 6 条 3 項）⁵²。

そのため、医師等についても、上記義務を負い、かつ、それは守秘義務よりも優先するものとされている。

そして、仮に通告後に虐待の事実がないと判明した場合であっても、「虐待の事実がないことを知りながらあえて通告した場合や、それに準ずるような場合を除き、法的責任を問われることはない」と考えられる（後掲の裁判例参照）⁵³。

また、通告そのものではないが、児童の安全確保や虐待防止のため、医療機関が情報提供を行うことは、児童福祉法 10 条又は 11 条に基づくものである上、児童虐待防止法 13 条の⁴⁵⁴により「児童虐待の防止等に関する事務又は業務の遂行に必要な限度で利用し、かつ、利用することに相当の理由があるときは、これを提供することができる。」とされる⁵⁵。

通告等が裁判で争われた例としては、以下の裁判例がある。

平成 25 年 9 月 26 日東京高判

〔判時 2204 号 19 頁〕

〔原審：平成 24 年 10 月 30 日横浜地判〕

結論：医療機関が児童福祉法 25 条に基づく通告をしたこと、その後の情報提供について違法性はないとして、その点についての原告の請求を棄却

事案の概要：生命に危険のある低体重、栄養不良等により、3 年間に 2 回、独立行政法人国立成育医療研究センターに入院した被害児につき、医療機関が児童福祉法 25 条に基づく通告を行

ったこと、そして、その後誤った情報提供を行ったとして、債務不履行による損害賠償を請求した事案である。

判断：控訴審は、「児童虐待防止法 6 条 1 項の通告は、児童虐待を発見した場合に速やかに行われるべきものであるから、発見者が主観的に児童虐待であると認識した時は、同法上の通告義務を負い、虐待の事実がないことを認識しながらあえて通告をした場合及びそれに準ずる場合を除き、通告をしたことについて法的責任を問われることはないというべきである」として、本件通告は必要かつ合理的なものであるとして、請求を否定した（原審も同様の結論）。

また、情報提供についても、虚偽の情報の提供や、隠匿等は認められないとして、請求を否定した。

4 告発に絡む問題

警察への告発については、医師が通常に必要な診療の過程で犯罪があると思慮したときは、濫用的な漏示であるなどの特段の事情がない限り、それを捜査官に通報ないし告発しても正当行為として、守秘義務に反することにはならないと考えられる⁵⁶。

なお、公務員である医師には告発義務がある（刑事訴訟法 289 条 2 項）とする文献もあったが⁵⁷、同条項の告発義務については、刑訴法 103 条、144 条との均衡上、医師が公務員でもある場合には告発【義務】までは負わないとされるため、同条は根拠となるものではないと思われる⁵⁸。

また、過去には、警察に対し血液等を任意提出したことについて、捜査法上は適法としながら、診療契約上の問題があるとする下級審裁判例もあったが⁵⁹、現在では児童虐待防止法 13 条の 4 の規定が設けられたことから、児童虐待については診療契約よりも公益性が優先されると解してよいのではないかと考える。

第 4 おわりに

AHTの手引きには、このような記載がある。
「虐待の疑いがあるか否かが関係するよう

な臨床診断名は、一般的な医学的診断名に加えて、重大な生物学的、社会的、心理的影響を併せ持つ。過小診断によって虐待が見逃された場合には、その再発に伴う子どもの生命の危機を防ぎえない。また、実際には虐待ではない症例に対して診断を付けた場合、保護者には多大な心理・社会的苦痛を及ぼし、時には家庭の崩壊まで招く。そのため、診断には可能な限りの正確性と良心が求められる。」

弁護士もまた、法律家であり、冤罪を防ぐことを目的とするものである以上、不十分な捜査により冤罪が生ずることよりも、十分な捜査に

より児童虐待を行ったものが適正な刑罰を受け、子どもの権利が守られることこそを希求するものとする。

本小論で見た通り、いまだAHTに関して公開された裁判例は多いものではないが、議論を積み重ね、適正な捜査と冤罪の防止が少しでも進めばと願うものである。

また、それ以上に、刑事司法も、児童福祉も、「子どもが第一」であることを忘れず、本小論で触れた子どもを救うために、次はどうかを、考えてくれる人が一人でも増えればと、そう願って筆をおく。

- 1 厚生労働省「子ども虐待による死亡事例等の検証結果等について（第12次報告）」
- 2 平成28年6月3日法律第63号
- 3 児童福祉法12条3項
- 4 母子健康手帳72頁「赤ちゃんを激しく揺さぶらないで（乳幼児揺さぶられ症候群について）」
- 5 山崎麻実、埜中正博「脳神経外科医が見てきた小児虐待による頭部外傷の特徴と治療」脳神経外科ジャーナルvol18.No9.645頁（2009.9）
- 6 田村正徳（主任研究）、中村肇、奥山真紀子、長嶋達也（分担研究）「『虐待が疑われる乳幼児頭部外傷（Abusive head trauma in infants and young children,AHT)』の診断・治療・予防の手引き」3～4頁（田村正徳「発達期に発生する外因性脳障害の診断・治療予防のための実証的研究とガイドライン作成」：平成18～20年度総括研究報告書ガイドライン資料：厚生労働省精神・神経疾患研究委託費、2009）。以下「AHTの手引き」という。
- 7 有効割合とは、「不明」「未記入」とした回答を除いた数を合計数として算出した割合をいう。
- 8 前掲厚生労働省（注1）
- 9 脳の静脈と上矢状静脈洞を繋いでいる静脈
- 10 髄鞘化とは、神経細胞の軸索を包む円筒状の層が形成されることである。胎生4～5か月で始まり、胎生8か月には神経系全般

- に広がり、その後2歳まで急激に進行し、12歳までゆっくり進行するとされる。
- 11 荒木尚「2、頭部外傷」日本小児放射線学会雑誌vol.28 No.1,14頁（2012）参照。そのまま引用したものではなく、「伝わりやすい」と思ったところを中心に、分かりやすく言い換えているため、理解が不正確なところがあればご容赦願いたい。
- 12 前掲山崎・埜中（注5）、647頁。
なお、同文献では、「ITBI」という呼称を用いているが、これはAHTと同じものを指すと思われる。
- 13 藤原武男「乳幼児の泣きと養育支援」母子健康情報第67号41頁（2013.11）
- 14 前掲AHTの手引き31頁、42頁
- 15 永瀬裕朗「AHTを疑うプロセスのポイント」、中村肇「どう見る？どう対応する？乳幼児の頭部外傷と虐待」15頁（メディカ出版、2010）
- 16 前掲荒木（注11）15頁、前掲AHTの手引き10頁
- 17 長嶋達也「虐待による乳幼児頭部外傷」子どもの虹情報研修センター紀要No9、6頁（2011）、前掲永瀬（注15）15頁
- 18 前掲山崎・埜中（注5）646頁
- 19 前掲AHTの手引き13頁
- 20 前掲山崎・埜中（注5）647頁
- 21 前掲荒木（注11）23頁
- 22 前掲山崎・埜中（注5）646頁
- 23 T1 強調画像、T2 強調画像、FLAIR、

- diffusion-weighted images、T2 などが有用とされる。前掲山崎・埜中（注 5）647 頁
- 24 初期外力や衝突の際の外力により生じる損傷
- 25 一次性脳損傷に付随する損傷
- 26 なお、これは、The Royal College of Radiologists(2003)において推奨されているものとのこと。前掲AHTの手引き 12 頁
- 27 前掲AHTの手引き 18 頁
- 28 前掲AHTの手引き 7 頁、前掲山崎・埜中（注 5）647 頁
- 29 西本博、栗原淳「家庭内での軽微な外傷による乳幼児急性硬膜下血腫の再評価」小児の脳神経 31 巻、215 頁（2006）等
- 30 前掲長嶋（注 17）1 頁、6 頁
- 31 前掲長嶋（注 17）9 頁
- 32 厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課「子ども虐待対応の手引き」（平成 25 年 8 月改正版）313,314 頁
- 33 前掲AHTの手引き 24 頁
- 34 奥山眞紀子等「CPT (Child Protection Team) マニュアル」厚生労働科学研究費補助金（子ども家庭総合研究事業）虐待対応連携における医療機関の役割（予防、医学的アセスメントなど）に関する研究分担研究報告書
- 35 前掲AHTの手引き 10 頁
- 36 前掲AHTの手引き 32-33 頁
- 37 不十分だが、第 3 の裁判例が参考となるか。
- 38 前田清「虐待通告された乳幼児の頭部外傷と児童相談所の対応」子どもの虐待とネグレクト第 17 巻第 3 号 422 頁(2016)
- 39 前掲長嶋（注 17）4 頁では「虐待による乳幼児の頭部外傷の研究は 3 歳未満あるいは 2 歳未満を対象にされることが多いが、乳児期前半が最も危険な時期であるといえる。」とされる。
- 40 抄録ではあるが、身体的虐待によって脳障害を後遺した幼児を家庭に戻すについて必要なのは、非加害親の強い意志と祖父母の協力とするものとして、石井光子、永沢佳純、内田智子「「親からの身体的虐待によって脳障害をきたした児は親に返せるか？」脳と発達 45 巻 Suppl. PageS311(2015,5)
- 41 児童福祉法 28 条 6 項
- 42 田中嘉寿子「性犯罪・児童虐待捜査ハンドブック」255 頁（立花書房、2104）。ただし、第一に優先されるべきが子どもの安全であることは当然である。
- 43 平成 15 年 1 月 31 日高松地判〔裁判所ウェブサイト〕、平成 15 年 3 月 12 日さいたま地判〔裁判所ウェブサイト〕、平成 21 年 11 月 30 日札幌地判〔裁判所ウェブサイト〕などが、これに当たる。
- 44 平成 12 年 3 月 16 日札幌高判〔判タ 1044 号 263 頁〕、平成 17 年 11 月 7 日名古屋高判〔高検速平成 17 年 292 頁〕などがこの問題に関すると思われる。
- 45 他に昭和 54 年 2 月 14 日名古屋高判（判時 947 号 128 頁）、昭和 34 年 12 月 21 日神戸地判（判時 215 号 33 頁）などは、同種の事件に当たるとと思われる。ここでは紹介を割愛した。
- 46 あくまで当該文献は、「評釈」にすぎず、判決原文を入手することはできなかった。なお、同判決は宮城貴「児童虐待事件への対応について」捜査研究 No.717,13 頁（2011.3.5）で触れられているものと同じと思われる。
- 47 評釈が法医学者の手によるものであるため、解剖所見に項が割かれ、それ以外の記載は省略されている可能性がある。
- 48 大野市太郎「殺意」2-6 頁「刑事事実認定 - 裁判例の総合的研究 - （上）」（判例タイムズ社、1992）
- 49 前掲長嶋（注 17）5 頁
- 50 頭部外傷ではなく、また、有罪が認められた事例であるが、1 歳の乳幼児に対する腹部の殴打事件の捜査において、「司法解剖が実施され、解剖所見が示されたのは、逮捕後、勾留請求前の段階であった」との記載がある（太田良一「乳児に対する傷害致死事件における諸問題」捜査研究 No.725、40 頁（2011））。多くの事件ではそのように、先に被疑者を選定し、そのあとに解剖所見が得られることになるのではないかと思う。
- 51 なお、論者は刑事弁護には詳しくないため、最低限の内容であることをお断りしておく。
- 52 以前は、児童虐待防止法にのみこの規定があったが、注 2 の法改正により、児童福祉法 25 条にもこの規定が設けられた。
- 53 日本弁護士連合会子どもの権利委員会「子どもの虐待防止・法的実務マニュアル」94 頁（明石書店、第 5 版、2012）
- 54 前掲注 2 の法改正により、それまで地方公共団体の機関だけが主体とされていた規定が、医療機関が児童福祉施設、学校にも広げられることとなった。
- 55 雇児総発 1130 第 2 号「児童虐待の防止等のための医療機関との連携強化に関する留意事項について」4(2)イ参照。なお、「通

告」について保護者が犯罪者になることを救う手段でもあると指摘するものとして、山崎嘉久「脳神経外科医の子ども虐待への対応—社会的責務と日常診療の中での役割—」脳神経外科ジャーナル 18 巻 9 号 650 頁(2009.9)

⁵⁶ 山田耕司 最高裁判所判例解説刑事編平成 17 年度 268 頁。なお、当該評釈は、平成 17 年 7 月 19 日最高裁判決についてのものであるが、同判例は、救急患者から傷が腎臓に達しているかを判断するため採血した

医師が、覚せい剤が検出されたため警察に通報をしたことについて、その証拠能力（違法性）を判断した事例である。

⁵⁷ 阿部計彦「子ども虐待法律相談 Q & A」84 頁（第一法規、2005）

⁵⁸ 前掲山田 264 頁、藤永幸二ほか編著「大コンメンタール刑事訴訟法第 3 巻」745 頁（青林書院、1996）

⁵⁹ 平成 9 年 10 月 15 日東京高判、平成 15 年 9 月 12 日大阪高判

独占禁止法審査手続に関する指針について

(A Guideline on Administrative Investigation Procedures)

島津 圭吾

I はじめに

公正取引委員会による独占禁止法違反被疑事件に関する調査手続としては、排除措置命令等の行政処分の対象となり得る被疑事件を審査する行政調査手続と、刑事処分を求める告発の対象となり得る被疑事件を審査する犯則調査手続がある。この行政調査手続は、慣行上、審査手続とも呼ばれるが、当局の執行力強化等に対応し、審査手続上、対象となる事業者の防御権をいかにして確保するかが重要な課題となる。

この点について、詳細は後述するが、審判制度の廃止等を定めた平成 25 年改正において、審査手続の見直しについても明記されたところであり、これを受けて、平成 26 年 2 月 28 日より内閣府に独占禁止法審査手続についての懇談会（以下「懇談会」という。）が設置され、懇談会での議論の成果は、報告書にまとめられて同年 12 月 24 日に公表された¹。

公正取引委員会は、同報告書の提言を受けて、平成 27 年 12 月 25 日、独占禁止法審査手続に関する指針（以下「本指針」という。）を策定し、公表するに至った²。併せて、同日、「独占禁止法違反被疑事件の行政調査手続の概要について（事業者等向け説明資料）」（以下「事業者等向け説明資料」ということがある。）を公表するとともに³、任意の供述聴取に係る苦情申立制度に関する報道発表を行った⁴。

本稿では、本指針及び同時に策定・公表された制度等を紹介するとともに、その理解に役立つよう、懇談会における議論及び懇談会報告書の内容に適宜言及する。

II 平成 25 年改正法成立及び懇談会開催

まず、端緒となる平成 25 年独占禁止法改正及び懇談会の開催について概観する。

第 1 平成 25 年改正法附則 16 条

審判手続を廃止すること等を内容とする平成 25 年独占禁止法改正法（以下、「平成 25 年改正法」という。）が同年 12 月 7 日成立・同 13 日公布され、同法には、附則 16 条において、次のとおり、審査手続の見直しに関する規定が設けられた。

「政府は、公正取引委員会が事件について必要な調査を行う手続について、我が国における他の行政手続との整合性を確保しつつ、事件関係人が十分な防御を確保する観点から検討を行い、この法律の公布後 1 年を目途に結論を得て、必要があると認めるときは、所要の措置を講ずるものとする。」

第 2 同法附帯決議

また、平成 25 年改正法の成立過程においては、平成 25 年 11 月 20 日衆議院経済産業委員会において、次のとおり附帯決議がなされた。

「公正取引委員会が行う審尋や任意の事情聴取等において、事業者側の十分な防御権の行使を可能とするため、諸外国の事例を参考にしつつ、代理人の立会いや供述調書の写しの交付等の実施について、我が国における刑事手続や他の行政手続との整合性を確保しつつ前向きに検討すること」

第 3 懇談会開催

これらを受けて、独占禁止法審査手続の見

直しに向け、内閣府に有識者からなる懇談会が設置されることとなった。ここでは、審議経過の概略を紹介する。

1 内閣府特命担当大臣による検討の視点の提示

審査手続に関する検討を行うにあたり、懇談会を所管する内閣府特命担当大臣より、第2回会合において、次のとおり検討の視点が示された。

(1) 公正取引委員会の行政調査手続においては、調査を受ける者の防御権の確保が重要であると同時に、公正取引委員会における独占禁止法の厳正な執行が確保されることも重要である。

(2) 懇談会では、公正取引委員会の実態解明機能⁵の確保と調査を受ける者の防御権の確保のバランスに留意しつつ、我が国における他の行政手続、また、諸外国の例も参考にしながら検討を進めてもらいたい。

2 審議経過の概略

合計で13回開催された。

第2回から第5回にかけては、有識者、関係団体、関係省庁等からのヒアリングがなされた。

また、報告書を取りまとめるまでの間、議論の対象となった論点を整理し「論点整理」として公表し、平成26年6月から7月にかけて、これに対するパブリックコメントを実施した⁶。

懇談会は、同パブリックコメントの結果等も踏まえ、報告書を作成・公表したものである。

III 懇談会報告書

同報告書については、本指針において具体化された内容もあり重複が見られること、紙幅の関係上もその全てを取り扱うことが適切とはいえないこと等から、本稿では、主要な論点に関する報告書の骨子を、本指針の理解に資する限度で紹介するにとどめることとする。

第1 立入検査に関する論点

1 弁護士の立会い

立入検査において、事業者は弁護士を立ち合わせることができる。ただし、弁護士の立会いを事業者の権利として認めるのではなく、事業者は弁護士が到着しないことを理由に立入検査を拒むことはできないとすることが適当である。

2 提出物件の謄写

(1) 立入検査当日の謄写

事業者の権利として認めることは適当ではなく、運用上、日々の営業活動に用いる必要があると認められる物件について、立入検査の円滑な実施に支障がない範囲での謄写を認めることが適当である。

(2) 立入検査の翌日以降の謄写

円滑に謄写できるよう、スキャナー等の電子機器の利用が可能であることを明らかにするとともに、公正取引委員会において有料のコピー機の導入を検討することが望ましいとされた。

3 指針等の公表及び事業者への説明

前記1及び2に掲げた内容が明記された、マニュアル又はガイドライン（報告書では「指針等」とされる。）を公表することが適当である。この提言を受けて、後述するとおり、本指針でも上記内容の一部が盛り込まれた。

また、事業者に対して明確にする必要がある事項については、例えば、立入検査着手時などの適切な場面において、書面による方法も活用しつつ事業者に伝えることが適用とされた。この提言を受け、本指針の策定・公表と同日、前記の事業者等向け説明資料が公表された。

第2 弁護士・依頼者間秘匿特権

懇談会報告書では、弁護士・依頼者間秘匿特権とは、「依頼者である事業者が、弁護士との間の一定のコミュニケーションについて、行政当局の調査手続における提出又は開示を拒むことができる権利」を指すものとされている。

1 結論

現段階での導入は適当ではない。

2 理由

秘匿特権の根拠及び適用範囲が明確ではない。また、この制度の実現に当たり、実態解明機能を阻害するおそれがあるとの懸念を払拭できない。

3 今後の方向性

秘匿特権それ自体は、十分検討に値する制度であることから、今後の検討課題として、調査権限の強化の問題と並行して、一層の議論が望まれるとされた。

導入すべきとの結論に至らなかったため、本指針に直接盛り込まれていないが、本提言を受け、報道発表において、今後の検討の可能性が示唆されている。

第3 供述聴取

1 弁護士の立会い、供述聴取過程の録音・録画

現状の仕組みの下で、これらを認めるべきとの結論には至らない。

ただし、認めるべきとの意見もあり、実態解明の実効性を損なわない措置を検討する中で、今後、その必要性を含め導入の可否を検討することが適当である。

2 供述人への調書の写しの交付、供述人によるメモの録取、自己負罪拒否特権

これらを認めるべきとの結論には至らない。

3 指針等の公表及び供述人への説明

公正取引委員会は、次の点について指針等に明記して公表することが適当である。この提言を受けて、後述するとおり、本指針に以下の内容の一部が盛り込まれた。

- (1) 任意の供述聴取と審尋のいずれであるかを供述人に対して明確にする。
- (2) 聴取時間の目安を示す。
- (3) 食事時間等の休憩は、供述人が弁護士に相談できる時間となるよう配慮しつつ適切に確保する。

休憩時間には供述人が弁護士等の外部の者と連絡を取ること、メモを取ること

が妨げられないことを供述人に対して明確にする。

(4) 調書の読み聞かせにおいて誤りがないかどうかを問い、供述人が増減変更の申立てをしたときは、審査官等がその供述を調書に記載することを供述人に対して明確にする。

(5) 供述聴取時における、供述人の審査官等に対する苦情を受け付ける仕組みを公正取引委員会内部に整備する。

その際、当該仕組みの第三者性・中立性に配慮する。

苦情の申立理由及びその処理結果について、類型化された形で公表する。

第4 行政調査手続全般

行政調査手続全般に関して、次のとおり整理された。

1 公正取引委員会が独占禁止法違反被疑事件の調査を行う際の標準的な行政調査手続についての指針等を策定し、公表する。

この提言を受け、標準的な行政調査手続を明らかにするものとして、本指針が策定・公表された。

2 一定期間の経過後、フォローアップを実施し、その結果を公表する。

この提言を受け、本指針の報道発表において、公表から2年経過後に本指針に基づく事件調査の運用についてのフォローアップを実施すること等が明記された。

第5 今後の検討に向けて

1 調査協力のインセンティブ等確保の仕組み

今後、懇談会において現状の仕組みの下で実施すべきとしているもの以外の防御権の強化を検討するのであれば、裁量型課徴金制度を含む調査協力のインセンティブ等を確保する仕組みの導入について、併せて検討を進めるのが適当である。

2 EUの和解手続、確約手続のような仕組みの導入についても検討を進めるのが適当である。

IV 本指針の主な条文の紹介⁷

本指針の項目に沿って、主な条文を紹介していく。

第1 「はじめに」及び総論

1 「はじめに」

本指針は、本文に入る前に、本指針の趣旨を明らかにしている。すなわち、本指針は、①行政調査手続の適正性をより一層確保する観点から、これまでの実務を踏まえて同手続の標準的な実施手順や留意事項を明確化し、独占禁止法違反被疑事件の行政調査（以下「事件調査」という。）に携わる職員に周知徹底すること、また、②同様の観点から、調査手続の透明性を高め、事件調査の円滑な実施に資することが挙げられている。

2 総論

ここでは、法の目的（1条）と、これを達成するために法を厳正・的確に失効し競争秩序を早期に回復するための措置を講ずるといふ公正取引委員会の使命に言及されるとともに、事件調査の体制と監督者の責務、適正な手続の遵守などの事件調査に携わる職員の心構えが定められている。

このうち、事件調査の体制と監督者の責務においては、違反被疑事業者等⁸から、審査長等に対し、調査手法についての申入れその他担当事件に関する意見があった場合、誠意をもってこれに対応することが明記されている。これは、事件調査においては、違反被疑事業者等との意思疎通を適切に図っていくことが重要であることを踏まえたものといえる。

第2 事件調査手続

1 基本構造

立入検査、供述聴取、報告命令という行政調査手続の進行段階に応じて、項目ごとに公正取引委員会の考え方と運用の実務が明らかにされている。

上記にいう項目とは、①審査官等の調

査権限の根拠、法的性格、②当該権限の行使時等における手順と説明事項、③調査実施の際の留意事項である。

以下、こうした基本構造に即して指針の内容を紹介する。

2 立入検査

法47条に基づく立入検査に加え、違反被疑事業者等の任意の協力に基づく場合（以下「任意の協力要請」ということがある。）についても扱われている。

(1) 根拠・法的性格

ア 立入検査

立入検査の根拠規定は、法47条1項4号である。

これは、事業者側が拒否した場合、直接的・物理的に実力を行使して強制することはできないが、正当な理由のない拒否に対しては罰則の適用があり得る、間接強制力を伴ったものである。

イ 任意の協力要請

また、間接強制力のある立入検査と異なるものとして、公正取引委員会が違反被疑事業者等の事業所等に赴き、相手方の任意の協力に基づいて資料の提出等を依頼する場合のあることが明らかにされている。

(2) 立入検査時の手続・説明事項

ア 立入検査

審査官は、立入検査場所の責任者等に対し、審査官証を提示する。

その上で、上記責任者等に対し、告知書（公正取引委員会の審査に関する規則（以下「審査規則」という。）20条）を交付する。告知書には、立入検査の根拠条文、事件名、違反被疑事実の要旨、関係法条等が記載される。

審査官は、この際、検査の円滑な実施への協力を要請するとともに、検査に応じない場合に罰則の適用があり得ることを説明する。併せて、事業者等向け説明資料を交付する。

イ 任意の協力要請の場合

審査官等は、相手方に対し、身分証明書等を提示する。

その上で、当該事件調査の趣旨と、これが法 47 条に基づくものではなく任意の協力に基づくものであることを説明し、相手方の同意を得てこれを行う。

(3) 立入検査の対象範囲

違反被疑事業者等の営業部門、経理部門等の名称にかかわらず、審査官が事件調査に必要であると合理的に判断した場合に対して行うものである。

従業員の居宅等も、違反被疑事実に関する資料が存在すると疑われ、審査官が事件調査に必要であると合理的に判断した場合には立入検査の対象となる。

(4) 物件の提出及び留置に係る手続

ア 対象物件

物件の提出命令は、審査官が事件調査に必要であると合理的に判断した範囲で行う。

個人の所有物のように、手帳、携帯電話等、プライバシー性の高いものも対象となり得る。

提出を命じる際には、当該物件の原物について、現状のまま提出するよう命じる。

サーバやパソコンに保存された電子データは、記録媒体に複製・保存したものの提出を命じる。必要に応じて、パソコン自体の提出を命じることもあり得る。

イ 物件目録の添付、物件との照合

物件の提出を命じる際には提出命令書に、物件を留め置く際には留置物に係る通知書に、それぞれ、対象物件の品目を記載した目録を添付する（審査規則 9 条及び 16 条）。当該目録には、物件の標題等、所在場所、所持者・管理者等を記載し、物件を特定する。

物件を留め置くに当たっては、立入検査場所の責任者等の面前で、物件を

1 点ずつ提示し、全物件について、当該目録の記載と照合する。

ウ 提出物件の謄写の求めがある場合

① 当日における提出物件の謄写

違反被疑事業者等の権利として認められるものではない。

もっとも、日々の事業活動に用いる必要があると認められるものについて、立入検査の円滑な実施に支障のない範囲で認める。

これは、懇談会報告書の内容を受けたものである。

② 翌日以降の提出物件の閲覧・謄写

違反被疑事業者等の求めがあれば、事件調査に支障を生じない範囲で、日程調整を行った上で、公正取引委員会が指定する場所で提出物件・留置物の閲覧・謄写を認める（審査規則 18 条）。

上記日程調整にあたっては、違反被疑事業者等ができる限り早期に、閲覧・謄写することができるように配慮する。

謄写の方法としては、違反被疑事業者等所有のコピー機に限らず、デジタルカメラ、スキャナー等電子機器を使用することも認められる。

これは、懇談会報告書の内容を受けたものである。

なお、同報告書では、提出物件の謄写のため、公正取引委員会におけるコピー機（有料）の導入についても検討することとされたが、指針では、この点は明記されていない。

エ 留置物のうち、留置の必要がなくなった物については、速やかに還付する（審査規則 17 条）。

(5) 立入検査における弁護士の立会

い 違反被疑事業者等の求めがあれば、立入検査の円滑な実施に支障のない範囲で弁護士の立会いを認める。

ただし、弁護士の立会いは、違反被疑

事業者等の権利として認められるものではなく、審査官は、弁護士が到着するまで立入検査の開始を待つ必要はない。

すなわち、違反被疑事業者等としては、弁護士が到着しないことを理由に立入検査を拒否することはできないこととなる。

これは、懇談会報告書の内容を受けたものである。

3 供述聴取

任意の供述聴取と法 47 条に基づく審尋があり、その両者について扱われている。

(1) 根拠・法的性格

ア 任意の供述聴取

聴取対象者の任意の協力に基づいて供述の聴取を行うものである。

イ 審尋

法 47 条 1 項 1 号に基づいて、聴取対象者に出頭を命じた上で供述の聴取を行うものである。

聴取対象者が、正当な理由なく出頭せず又は陳述をせず若しくは虚偽の陳述をした場合、罰則（法 94 条）の適用があり得る。

(2) 供述聴取時の手続・説明事項

ア 任意の供述聴取

① 審査官等は、直接又は違反被疑事業者等若しくは代理人を通じて聴取対象者の都合を確認する。

その都度、任意の協力に基づく供述聴取であることを明確にし、聴取対象者の同意を得て行う。

② 説明事項

審査官等から、冒頭に、任意の供述聴取であること、自らの経験、認識に基づき事実を話してもらう必要があることを説明する。

また、任意の供述聴取に協力が得られなければ、別途審尋手続に移行することがある旨、必要に応じて説明する。

イ 審尋

① 実施の都度、出頭命令書を送達する（審査規則 9 条）。出頭命令書には、法的根拠、日時、場所、命令に応じない場合に適用され得る罰則（法 94 条）について記載する。

② 審査官は、冒頭、審査官証を提示した上で、その法的性格と、陳述を拒み又は虚偽の陳述をした場合には罰則（法 94 条）の適用があり得る旨を説明する。

ウ 事業者等向け説明資料

① 任意の供述聴取に関する事前連絡時又は審尋に係る出頭命令時に、審査官等は、聴取対象者に対し、直接又は違反被疑事業者等若しくは代理人を通じて、事業者等向け説明資料のウェブ掲載場所を伝える。

② 聴取対象者が事前に上記資料を確認していない場合には、当該対象者に対する初回の聴取開始時に、同資料を手交する。

このように、事業者等向け説明資料が違反被疑事業者等及び聴取対象者において活用されるような運用が志向されており、これは、懇談会報告書の内容を踏まえたものといえることができる。

エ 意見聴取手続（法 49 条）における供述調書の閲覧・謄写

① 審査官等は、必要に応じて、聴取対象者に対し、あらかじめ、供述を録取した書面が意見聴取手続（法 49 条等）において閲覧・謄写の対象となり得ること、閲覧・謄写制度の趣旨・目的等を説明する。

② 閲覧・謄写制度の趣旨を説明するに際しては、目的外利用が認められない旨も併せて説明する。

目的外利用とは、意見聴取の通知を受けた事業者等が閲覧・謄写した内容を意見聴取手続又は排除措置命令等の取消訴訟の準備以外に利

用することを指す。

例えば、当該事業者等が、意見聴取手続において閲覧・謄写した供述調書等の内容をもって、従業員に対する懲戒等の不利益取扱いを行うことや、他の事業者に対する報復行為を行うことが挙げられ、これらの可能性がある場合、公正取引委員会は、法 52 条 1 項に基づき、当該供述調書等の閲覧・謄写を拒むことができる」とされている。

(3) 供述聴取における留意事項

ア 聴取方法、態度

- ① 審査官等は、供述聴取を行うにあたり、威迫、強要、その他供述の任意性を疑われるような方法を用いてはならない。
- ② 供述の誘導、利益供与の約束、その他供述の真実性を失わせるおそれのある方法を用いてはならない。

イ 防御権充実の諸方策

懇談会において、違反被疑事業者等の防御権充実の方策として検討された、以下のいずれについても、事案の実態解明の妨げになることが懸念されること等から、認めない。

- ① 供述聴取時の弁護士の立会い
- ② 供述聴取過程の録音・録画
- ③ 調書作成時における、聴取対象者への調書の写しの交付
- ④ 供述聴取時における、聴取対象者によるメモの録取

(4) 聴取時間・休憩時間

ア 時間の限度

- ① 供述聴取は、休憩時間を除き、1 日 8 時間までを原則とする。
これを超える場合には、聴取対象者の同意を得る。
懇談会報告書では、聴取時間の目安を示すこととされていたが、本指針では、そこまで求められていない。
- ② やむを得ない事情がない限り、深

夜（午後 10 時以降）に及ぶ聴取は避ける。

イ 休憩時間のあり方

- ① 聴取が長時間となる場合、審査官等は、聴取対象者の体調等も考慮し、休憩時間を適時適切に確保する。
- ② 休憩時間は、原則として、聴取対象者の行動を制約せず、弁護士等外部との連絡やメモを取ることを妨げない。

例外として、聴取対象者が口裏合わせ等を行うおそれがある場合等には、審査官等が付き添う。

懇談会報告書と異なり、本指針では、休憩時間に審査官等が聴取対象者に付き添うことがある旨の例外が定められている。

- ③ 食事時間等の比較的長めの休憩時間を取る場合、聴取対象者が必要に応じて弁護士等に相談できる時間となるように配慮する。

ウ 審査官等は、供述聴取を行ったときは、聴取時間及び休憩時間を記録する。

(5) 調書の作成・署名押印の際の手続

ア 調書の作成

- ① 審査官等は、任意の供述に対し、必要があると認めるとき、供述調書を作成する。
- ② 審尋を行った場合には、審尋調書を作成しなければならない（審査規則 11 条及び 13 条）。

イ 正確な録取

審査官等は、違反被疑事実の立証に当たって、それまでに収集した様々な物的証拠や供述等を総合的に勘案し、当該事件に関係し、かつ、必要と認める内容について、聴取対象者の供述内容を正確に録取する。

ウ 調書の読み聞かせ等

審査官等は、供述調書又は審尋調書を作成した場合、これを聴取対象者に読み聞かせ又は閲覧させ、誤りがない

かを問う。

これに対し、聴取対象者が誤りのないことを申し立てたときは、聴取対象者の署名押印を得て完成させる。

他方で、聴取対象者が増減変更の申立てをしたときは、審査官等は、申立ての内容を記載するか、該当部分を修正の上、聴取対象者の署名押印を得る。

これと異なり、聴取対象者が誤りのないことを申し立てたにもかかわらず、署名押印を拒絶したときは、その旨を調書に記載する（審査規則 11 及び 13 条）

4 報告命令

(1) 根拠・法的性格

ア 報告命令

法 47 条 1 項 1 号に基づき、違反被疑事業者等に対し、事件調査に必要な情報について、報告を求めることができる。

違反被疑事業者等が報告をせず又は虚偽の報告をした場合、罰則（法 94 条）の適用があり得る。

イ 任意の協力に基づく報告依頼

これに対し、違反被疑事業者等の任意の協力に基づく報告を依頼する場合もある。

(2) 報告命令時の手続

ア 報告命令

報告命令書を送達する（審査規則 9 条）。報告命令書には、法的根拠、報告の期限及び命令に応じない場合の罰則について記載する。併せて、報告書（回答）の様式を添付する。

イ 報告依頼の場合

任意の協力に基づく報告依頼では、報告の期限を記載した報告依頼書等に報告書（回答）の様式を添付して送付する。

5 審査官の処分に対する異議申立て、任意の供述聴取に係る苦情申立て

(1) 審査官の処分に対する異議申立て

法 47 条に基づく立入検査、審尋等の処分を受けた者が、当該処分に不服があるときは、処分を受けた日から 1 週間以内に、その理由を記載した文書をもって、公正取引委員会に異議の申立てをすることができる（審査規則 22 条）。

(2) 任意の供述聴取に関する苦情申立て

聴取対象者が、上記 3 に反する審査官の言動等があったとする場合には、当該聴取を受けた日から 1 週間以内に、書面により、公正取引委員会に苦情を申し立てることができる。

(3) 審査官等は、異議や苦情を申し立てられるような対応を行わないことが求められる。仮に異議や苦情を申し立てられた場合、各申立てに係る調査に誠実に対応する。

6 任意の供述聴取に係る苦情申立制度

ここで、別途報道発表がなされた制度ではあるが、本指針と関連するものとして、任意の供述聴取に係る苦情申立制度について紹介する。

(1) 対象となる供述聴取

平成 28 年 1 月 4 日以降に行われた任意の供述聴取が対象となる。

(2) 対象となる苦情の内容

本指針の内容に反する審査官等の言動等があったとする苦情が対象となる。

すなわち、供述聴取時の手続・説明事項、威迫・強要などの審査官等の言動、聴取時間・休憩時間、供述調書の作成・署名押印時の手続に関する苦情を指す。

(3) 苦情申立ての方法

ア 期間制限

苦情申立てを行うことができる期間は、供述聴取が行われた日から 1 週間である。

ただし、上記の供述聴取の日から 1 週間以内に、当該審査官等を指揮・監督する審査長等に対して苦情を申し入れており、その後本制度に基づく苦情申立てを行うときは、この期間経過

後も行うことができる。

イ 申立書の提出

苦情申立ては、次の各事項を記載した申立書を提出して行う。なお、本制度の報道発表のホームページでは、申立書の様式も公表されており、参考となる。

- ① 苦情申立ての年月日
- ② 申立人(法人含む)の氏名(名称)、住所(所在地)、連絡先
- ③ 供述聴取の日時・場所、聴取対象者の氏名
- ④ 供述聴取の担当審査官等の氏名、所属
- ⑤ 苦情申立ての内容が前記(2)のいずれの苦情に該当するか
- ⑥ 該当する項目に係る具体的事実

(4) 苦情申立てへの対応

苦情申立てを受け付ける窓口は、官房総務課に設けられる。

同課において、速やかに必要な調査が行われ、その調査結果等は公正取引委員会に報告される。

公正取引委員会は、調査結果等を踏まえ、審査官等に指針に反する言動等があったと認めるときは、必要な措置を講じる。

懇談会報告書では、当該仕組みの第三者性・中立性に配慮するものとされたが、こうした制度設計でこの点が担保されるのか、今後の運用を注視する必要がある。

(5) 申立人への通知

公正取引委員会は、申立人に対し、当該苦情申立ての処理結果を、書面により遅滞なく通知する。

(6) 処理結果の公表

公正取引委員会は、処理結果について、年度ごとに典型的にまとめて件数等を公表する。

7 フォローアップ等

本指針を公表した際の報道発表におい

て、本指針に基づく事件調査の運用について、公表後2年を経過した後、フォローアップを実施することとされた。

また、関連する法制度の状況等を踏まえながら、弁護士・依頼者間秘匿特権等の違反被疑事業者等の防御権の拡充をもたらす制度の検討を含め、必要に応じて本指針の見直しを行うこととされた。

第3 若干の解説

1 審査の一般的な流れ

審査手続に関する実務上、立入検査(法47条1項4号)を審査の端緒とし、提出命令(同3号)・留置、これらで得られた物的証拠等も踏まえながら、事件関係人に対して供述聴取を行うという流れが一般的である。

以下、それぞれの手続の特徴を、本指針と関連する点に限って概観する。

2 立入検査⁹

(1) 実務

違反被疑事業者等に対する審査手続の端緒となる手続である。違反被疑事業者等からすれば、違反被疑事件に関し、公正取引委員会と接点を持つ最初の機会ということになる。

立入検査は、違反被疑事業者等による事件の資料等の隠滅等を防止するため、不意打ちの形で行われる。その関係で、他の手続とは異なり、命令書を送達して行うものではない。

立入検査に際しては、次項で言及する物的証拠の発見・収集だけでなく、事件関係人に対する概括的な事情聴取が併せて行われることが多い。

(2) 本指針との関係

立入検査は、違反被疑事業者等からすれば、前述したとおり、公正取引委員会と接点を持つ最初の機会であり、突然立入検査を受けたことに狼狽し、その現場は混乱を極めることも少なくない。

違反被疑事業者等にとっては、このように、心理的にも動揺し混乱した状況下

では、そもそもどのような手続であるか、何が起きており、今後どのように手続が進行するか等、必ずしも十分に理解することができないまま、手続を進められてしまうといった問題がかねてから指摘されていた¹⁰。

本指針は、立入検査においてとられるべき手続の流れを明記するとともに、本指針と同日公表された事業者等向け説明資料を活用した説明についても明記している。本指針は、これらの点で、違反被疑事業者等に対し手続を理解できるよう説明することに配慮し、上記のような従来指摘されてきた問題点の改善を図ることが意識されたものといえる。

3 提出命令・留置

(1) 実務

提出命令及び物件の留置に関する手続は、本指針に明記されたとおりである。

提出物件・留置物の閲覧・謄写に関しては、従来、立入検査の当日や直後にすることはできず、立入検査から約2, 3週間後に、公取委の庁舎内の会議室に、提出者がコピー機を持ち込み、公取委職員の監視の下、謄写するというのが一般的な運用であった。

(2) 本指針との関係

こうした運用に対しては、事業者側から、提出物件・留置物の中には日常業務に必要な物件もあることや、課徴金減免申請等のために速やかに必要となる物件もあること等から、遅きに失するという批判があった。また、事業者側がコピー機まで用意しなければならないということが大変不便であるという批判もあった。

こういった批判等を踏まえた懇談会での議論を受け、本指針では、閲覧・謄写の時期についてできるだけ早い日程となるよう違反被疑事業者等と調整することが盛り込まれた。また、閲覧・謄写の方法については、違反被疑事業者等がコピ

一機を持ち込むという従来の方法に加えて、スキャナーやデジタルカメラ等の電子機器を用いることも可能とされた。

こうした定めに基づく運用がなされれば、事業者側にとっては、従前の実務から一定程度改善が図られたものといえることができる。

4 審尋と任意の供述聴取

(1) 実務

実務上は、出頭命令・審尋を用いる例は稀であり、出頭要請・任意の供述聴取によることがほとんどである。

(2) 本指針との関係

本指針は、実務上の手続を確認したものであるが、特に、任意の供述聴取においてとられるべき手続を詳述しており、これにより、任意の供述聴取におけるあるべき実務の姿が明確なものとされている。

5 報告命令と報告依頼

(1) 実務

報告命令は、事件関係人に対し、設立年月日、資本金、従業員数といった、いわゆる会社概要に相当する情報や、商品の流通経路、売上総額、顧客別売上高、価格引上げの交渉時期等、客観的な情報や数値を書面により報告させる際に活用されることが多い。

これに対し、事件関係人以外の者に対しては、まずは、任意の協力を求める報告依頼を行うのが通例である。

(2) 本指針との関係

本指針では、事件関係人に対するものか否かによる使い分けが明確にされているわけではないし、簡潔な記述にとどまるが、一連の手続について確認されたものといえる。

V 検討

ここまで本指針を紹介・解説してきたことを踏まえ、本指針の意義と残された課題等について

て、若干の検討を加えることとする。

第1 積極的な意義

査手続における、審査官の調査権限の根拠、法的性格や、当該権限を行使する際の手順、説明事項等が明らかにされた。

また、本指針と同時に、事業者等向け説明資料が公表され、随所でこれを用いることとされているから、これにより、事業者等の審査手続への理解が深まることが期待される。

供述聴取については、指針に反しないように行うべきことが明記されたことに加え、苦情申立制度が創設されたため、同制度の活用状況によっては、供述聴取の適正化がより促進されることが期待される。

第2 課題

公正取引委員会としては、現行の手続に関して、制度上又は実態上問題があるということではなく、対象となる事業者にとって必ずしも分かりやすすくない点が見受けられることから、指針等により、これを改めて確認し、できる限り分かりやすくしようという姿勢をとっているように思われる。

それは、改定や見直しではなく、あくまで確認にとどまるものであって、事業者の防御権の拡充に直ちにつながるものではない。このような姿勢は、Ⅱで触れた改正法附則や附帯決議の趣旨に沿うものかどうか、疑問なしとしない。懇談会報告書についても同様である。

本指針において、こうした姿勢は、特に、立入検査における弁護士の立会い、供述聴

取における弁護士の立会い、録音・録画、聴取対象者への調書の写しの交付、聴取対象者によるメモの録取、弁護士・依頼者間秘匿特権など、防御権拡充の方策として懇談会での議論の対象となった多くの点について、事業者の権利として認められない旨をあえて明記している点に色濃く現れている。

これは、公正取引委員会のいう実態解明機能が阻害されるおそれを考慮したことに加え、他の手続との平仄を合わせることも考慮されたものと思われる¹¹。

しかし、前者について、一般論として、事案の実態を解明する機能が十分に発揮されることは重要であるものの¹²、防御権を拡充することによってこれが阻害されるという関係にはならないはずであり¹³、これだけで防御権の拡充を認めない理由とするには、いささか説得力に欠けるように思われる。

また、異なる観点として、独占禁止法審査手続に関しては、日米欧の競争当局で同時並行的に審査手続が進むこともあるなど国際化しており、そうした状況下で、米欧と比較して防御権の保障が弱いことが、国際競争力の観点等からどのような意味を持つか、十分に考慮されたのか疑問が残る。

今後、本指針に基づく事件調査の運用状況を踏まえたフォローアップが予定されており、その際に、又はその後、弁護士・依頼者間秘匿特権等を含め、本指針の見直しがなされる可能性もあることから、その際の議論に期待したい。

以上

- 1 内閣府「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書」
<http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/finalreport.html> 参照。
- 2 公正取引委員会「(平成 27 年 12 月 25 日)『独占禁止法審査手続に関する指針』の公表」
http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/dec/151225_1.html 参照。
- 3 前掲注 2「別紙 4」参照。
- 4 公正取引委員会「(平成 27 年 12 月 25 日)任意の供述聴取に係る苦情申立制度の導入について」
http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/dec/151225_2.html 参照。
- 5 後に詳述するが、これは必ずしも法律用語ではないということもあって、字義に従い、事案の実態を解明する機能と理解することが適切と考えられる。もっとも、その意義は必ずしも一義的ではない。榊原美紀＝篠浦雅幸＝多田敏明＝長澤哲也＝宮川裕光＝矢吹公敏著『詳説 独占禁止法審査手続』9 頁(弘文堂, 2016 年) 参照。
- 6 内閣府「『独占禁止法審査手続に関する点整理』に係る意見・情報の募集について」
<http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/pubcomm.html> 参照。
- 7 当局による本指針の解説として、岡田博巳「本指針について」公正取引 785 号 34 頁(2016 年)。
- 8 違反が疑われる事業者(個人事業主を含む。)、事業者団体、その役員及び従業員等の事件関係人のほか、参考人を含む。
- 9 立入検査をはじめとした審査手続の一般的な流れや、各手続の意義等については、白石忠志＝多田敏明編著『論点体系 独占禁止法』403 頁以下(第一法規, 2014 年) 参照。
- 10 前掲注 5 の文献 17 頁参照。
- 11 とりわけ、弁護士・依頼者間秘匿特権や、供述聴取における弁護士の立会い等について、刑事手続において被疑者・被告人に認められていない権利を、行政調査手続において認めるのは疑問があるという形で考慮されていたものと思われる。
- 12 もっとも、実態解明機能は、多義的な用語である以上、これが重要であることを指摘するとしても慎重さが求められる。従来の実務であれば公正取引委員会が容易に(事業者側の防御権等を特段意識することなく)収集できた証拠を、防御権等を意識しなければ収集できなくなった、あるいは収集することが容易でなくなったことをもって、実態解明機能の阻害と称するなどということがあってはならない。
- 13 例えば、刑事手続に関する議論においては、被疑者等対象者の権利保障は当然にあるものとして、捜査権限等が行使されることが前提となっている。

「忘れられる権利」と近時の裁判例の動向

(The "Right to be Forgotten": Recent Court Cases.)

内山 浩人

第1 忘れられる権利 (Right to be Forgotten)

1 はじめに

昨今のインターネットの発達に伴って人々の生活の利便性は大きく向上した。

特に、膨大なインターネット上の情報、データ等の検索を可能とした、いわゆる検索サイトの存在は利便性の向上に大きく貢献しており、今や無くしてはならないサービスといってよい。

他方で、インターネット上のデータは、あえて削除しないかぎり半永久的に残り、検索結果として表示され続けるおそれがある。

そのことは、一方で過去の情報にアクセスできるという、見る側の「知る権利」に資するという意義を持つが、他方、知られたくない情報がいつまでもさらされるといふ不利益をもたらす場合がある。

特に、過去の犯罪情報などの場合はこの関係が顕著に現れる。

犯罪報道は、社会的にも重要な情報であって、報道の自由、国民の知る権利にとって重要であるが、当事者から見れば、プライバシーの侵害であるばかりか、いつまでも検索結果に残ることによって、就職活動ができないなど、更生に深刻な影響を及ぼすことになる。

近年、検索サイトの重要性が増し続ける中で、インターネットにおけるプライバシー保護の在り方について、プライバシー情報を消し去ろうとする立場から「忘れられる権利」が主張されるようになってきた。

2 本稿

「忘れられる権利」という名称からは、掲載されているメディアを特定せずに、一般的にプライ

バシー情報や名誉毀損情報を削除などによって消滅させる権利を含みそうであるが、今日、「忘れられる権利」といふと、グーグルやヤフーといった検索サイトの検索結果から、プライバシーや名誉などの侵害情報の削除を求めることを指すことが多い。

本稿でも、以下、この意味での「忘れられる権利」について、第2で、「忘れられる権利」の端緒となった事例、第3以下で日本における裁判例の推移を取り上げる。

第2 海外の事例

1 フランス

2011年11月、フランスの女性がグーグルに対し、「過去のヌード写真の消去」を求めた裁判で勝訴した。この判決は、世界で初めて「忘れられる権利」を認めた画期的なものであった¹。

2 EU

もっとも、「忘れられる権利」が世界的に注目されるようになったきっかけは、欧州連合 (EU) における最高裁判所に当たる欧州司法裁判所の判断である。

スペインの男性が、自身の不動産競売に関する1998年の新聞記事へのリンクが表示されるグーグルの検索結果について、2010年にスペインデータ保護局 (AEPD) に申立てを行い、申立てにおいてグーグルに対して検索結果の削除を求めた。

AEPD が、グーグルに削除を命じたことから、グーグルが不服申立てをして、欧州司法裁判所で争われることとなった。

そこでグーグル側は、検索エンジンはインターネットで閲覧可能な情報へのリンクを提供しているだけで、情報の削除権限は当該情報を公開す

る人にのみあり検索結果の修正は検閲にあると反論した。

2014年5月13日、欧州司法裁判所は、検索主体は、一定の場合に、検索事業者に対して、検索リストから自己に関する過去の情報の削除を求めることができるかと判断した。

EUにおける当時の現行法は1995年のEUデータ保護指令であったが、2012年1月に欧州委員会が同指令を改正するEUデータ保護規則提案を公表しており、同規則提案には「忘れられる権利」が明記されていた。

上記欧州司法裁判所の判断は、既存のEUデータ保護指令及びEU基本権憲章を解釈して「忘れられる権利」を導き出した点において、改正作業を先取りするものであった。

第3 東京地裁平成22年2月18日判決

ヤフーが提供する検索サービスの検索結果のなかに、脳神経外科医であった原告の名誉を毀損するような内容が書かれたサイトが含まれていたことから、人格権に基づき、検索結果として表示されるサイトの削除を求めると共に、不法行為に基づき慰謝料（220万円の支払）を求めた事案である。

判決は、運営者はサイトの違法性を判断する立場にないとしたが、例外的に、「法的な請求として、検索サービスの運営者に対して検索サービスの検索結果から当該ウェブページを削除することを求めることができるのは、当該ウェブページ自体からその違法性が明らかであり、かつ、ウェブページの全体か、少なくとも大部分が違法性を有しているという場合に、申し出等を受けることにより、検索サービスの運営者がその違法性を認識することができたにもかかわらず、これを放置しているような場合に限られる」として、極めて限定的に削除請求が認められるとした。

さらに、判決は、ウェブサイト上の表現により権利を侵害された者は、当該ウェブサイト管理者に対し削除請求などの法的責任を追及することが原則であり、検索サービス運営者への削除請求は、例外的なものとした。

その上で、本件は、例外的な場合に当たらないとして原告の削除請求を棄却した（損害賠償請求も棄却した）。

第4 東京地裁平成24年3月19日決定、東京地裁平成25年4月15日判決、東京高裁平成26年1月15日判決

1 仮処分命令申立事件

申立人の男性は、犯罪の前科・前歴等が全くないにもかかわらず、グーグルが提供するサジェスト機能²により、自身の氏名と犯罪行為を連想させるような単語が検索候補として表示されるとして、グーグル米国法人に対し、人格権に基づきサジェスト表示差止めを求める仮処分命令申立てを行った。

これに対し、東京地方裁判所は、本件サジェストの表示そのものが人格権を侵害しているとして、当該サジェストを表示してはならないとする仮処分決定をした。

2 本案訴訟

グーグルの起訴命令申立てを受けて行われた本案訴訟において、東京地方裁判所は、プライバシーの侵害に当たる違法な投稿記事を、簡単に検索しやすい状況をつくり出したまま放置し、男性の社会的評価を低下させた旨を指摘し、機械的に検出された単語を並べているだけで、責任を負わないとしたグーグル側の主張を退け、表示差止めを認め、さらに慰謝料請求も容認した（30万円）。

3 控訴審

東京高等裁判所は、表示が男性の人格権を害することは認めたものの、「削除は権利侵害の防止を超えて、他の利用者の利益を制約する」などとした上、表示による男性の不利益が、表示を削除することでグーグルや他の利用者が受ける不利益を上回るとはいえないとし、また、表示それ自体が名誉を傷つけたり、プライバシーを侵害したりするとはいえず、不法行為も成立しないとして、一審判決を取消し、男性側の逆転敗訴を言い渡した。³

第5 京都地裁平成26年8月7日判決、 大阪高裁平成27年2月18日判決

1 京都地方裁判所判決

男性が、執行猶予となった過去の犯罪記事（女性の盗撮）の検索結果からの削除と慰謝料を求めて、ヤフーを提訴した。

京都地方裁判所は、判決の中で、検索サービス業者が検索結果の表示によって指摘する事実は、検索ワードである原告の氏名が含まれている複数のウェブサイトの存在及び所在（URL）並びに当該サイトの記載内容の一部が自動的かつ機械的に抜粋されたいわゆる「スニペット」⁴であって、検索サービス事業者がスニペット部分の表示に含まれている本件逮捕事実自体を指摘しているとはいえないから、検索サービス事業者が原告の名誉を毀損したとはいえず、検索結果の表示によって原告の人格権が違法に侵害されているとも認められないとの判断を示した。

2 大阪高等裁判所判決

大阪高裁は、本件事案においては、表示内容は社会的関心の高い事実で公共性が認められるとして、男性の控訴を棄却したが、その判断の中で、「スニペット」部分について、「検索サービスの内容を決めるのは被控訴人であり、スニペットの表示方法如何によっては、人の社会的評価を低下させる事実が表示される可能性があることも予見した上で現行のシステムを採用したものと推認されることからすると、本件検索結果は、被控訴人の意思に基づいて表示されたものというべきである。そして、インターネット上の情報は広く一般公衆の閲覧に供されている（公知の事実）ところ、一般公衆の普通の注意と読み方で検索結果に係るスニペット部分を読んだ場合には、スニペット部分は、検索結果に係るウェブサイトの内容の特定方法の一つにとどまらず、そこに記載された内容に即した事実があるとの印象を閲覧者である一般公衆に与えるものというべきである」として、スニペットについては、検索サイト自身の表現として責任を負う可能性に言及した点は重要である。

3 グーグル日本法人に対する訴訟

なお、本件では、米グーグルの日本法人であるグーグル株式会社も被告とされていたが、裁判所は、検索サイトが日本法人のドメインを利用して運営されているとしても、実際に運営しているのは米国法人であり、日本法人には何らの権限もないとの理由で、請求棄却、控訴棄却の判決を言い渡している。⁵

第6 東京地裁平成26年10月9日決定

自分の名前を検索すると、自分が関わっていないにもかかわらず、犯罪に関係しているかのような表示がされるとして、米グーグルに対し、検索結果の削除を求める仮処分命令申立てを行った。

申立人は、犯罪を連想させる検索結果により、「現在の生活が脅かされる」と主張した。

そして、検索結果で表示される「表題」と「内容の抜粋」を一体のコンテンツと捉え、グーグルもサイト管理者であり、「サイト管理者、コンテンツプロバイダには条理上の削除義務がある」と主張した。

これに対し、グーグルは、「URL、タイトル及びスニペットは、一定のアルゴリズムに基づいて、自動的かつ機械的に表示されているにすぎない」と等と反論したものの、東京地方裁判所は、申立人の主張を認め、削除の申立てのあった237件の検索結果のうち、一部である122件について、検索結果自体が申立人の人格権を侵害しているとして、削除を命じる決定をした。⁶

第7 さいたま地裁平成27年6月25日決定、同平成27年12月22日決定、東京高裁平成28年7月12日決定

1 さいたま地裁平成27年6月25日決定

（原々決定）

申立人（男性）が、過去の逮捕歴の報道に関するサイトが検索結果として表示されるとして、米グーグルに対して検索結果の削除を求める仮処分命令申立てを行ったのに対し、さいたま地方裁判所は、表示は人格権（更生を妨げられない権利）の侵害にあたるとした上で、「男性が受けた不利

益は回復困難で重大」として 49 件のリンク先を削除するよう命じる仮処分決定をした。⁷

2 さいたま地裁平成27年12月22日決定 (原決定)

上記仮処分決定に対する米グーグルの保全異議において、さいたま地方裁判所は、「一度は逮捕歴を報道され社会に知られてしまった犯罪者といえども、人格権として私生活を尊重されるべき権利を有し、更生を妨げられない利益を有するのであるから、犯罪の性質等にもよるが、ある程度の期間が経過した後は過去の犯罪を社会から『忘れられる権利』を有するというべきである」として、「忘れられる権利」を明言した上、3年余り経過した過去の犯罪歴について「更生を妨げられない利益が社会生活において受任すべき限度を超えて侵害されている」として、仮処分命令を認可した。⁸

3 東京高裁平成28年7月12日決定

上記原決定に対する抗告審において、東京高等裁判所は、被保全権利及び保全の必要性についていずれも認めずに原決定を取り消した上、仮処分命令申立てを却下した。

また、「忘れられる権利」については、「法律上の明文の根拠がなく、その要件及び効果が明らかではない」、「その実体は、人格権の一内容としての名誉権ないしプライバシー権に基づく差止請求権と異ならない」として、独立して判断する必要はないとした。⁹

第8 東京地裁平成28年8月17日決定

東京地方裁判所は、平成27年12月、男性の名前を検索すると、迷惑行為を繰り返す集団と過去に関係があったとする検索結果が表示されるのは、プライバシー侵害にあたりと認定し、ヤフーに対し、11件の検索結果の削除を命じる仮処分の決定をした。

これに対し、ヤフーが保全異議を申し立てたのが本件である。

ヤフーは、その中で、検索結果を削除すべきではない、削除するとしても、タイトル、アドレス、サイトの抜粋のうち、サイトの抜粋など違法な記

載部分の削除に限定すべきであると主張した。

これに対し、裁判所は、「タイトルやアドレスも削除しなければ、閲覧者が男性の人格権を侵害する記事内容に極めて容易にアクセスできる」と指摘した上、人格権侵害を防ぐには、検索結果として表示される3項目全てを削除する必要があると判断し、ヤフー側の主張を認めない決定を出した。

削除の範囲を明示した司法判断は初めてと見られる。¹⁰

また、ヤフーが設けた、違法な記事部分だけを削除するという自主基準を認めなかった点も重要である。

第9 福岡地裁平成28年10月7日決定

男性は、氏名を検索すると、ある犯罪で逮捕された情報などが表示されるとして、検索結果110件の削除を米グーグルに求める仮処分を申し立てた。

決定は、グーグルの検索サービスについて、「知る権利に資する」と評価したものの、男性に対しては、「犯罪の内容や現在の立場などから、公表が必要とはいえない」とした。

そのうえで、男性の犯罪関連情報について、「検索利用で随時、容易に取得でき、知人に知られると社会生活の影響が大きく、円滑な人間関係の形成が困難になる」と判断した。

検索結果を公表するかについて、米グーグルは、「検索エンジンの管理者として、公共性、公益性を踏まえて適切に判断すべき」と述べた。

プライバシーなどの人格的価値が侵害されるおそれがあるとして、101件について削除を命じる決定をした。

9件については、犯罪事実に関する記載はないとして退けた。¹¹

第10 横浜地裁川崎支部平成28年10月31日決定

男性は、平成23年10月、迷惑防止条例違反容疑で逮捕された。

グーグルで名前を検索すると逮捕を報じる記事が表示されるため、仕事も見つからず、「人権侵害」として、米グーグルに対して削除を求めている。

横浜地方裁判所川崎支部が平成28年6月に検索結果の削除を命じる仮処分決定を出し、これに対し、グーグル側が異議を申し立てた。

これに対し、同支部が改めて削除を命じた仮処分を認可したのが本決定である。

決定は、男性には、「むやみに前科などを公表されない法的保護に値する利益がある」と指摘した。更生を図るには仕事が必要で、「検索結果が就労状況に与える影響を考慮する必要がある」とした。その上で、男性が当時と違う場所で一市民として暮らし、事件から約5年が経過していることなどから、「今も社会的関心を集める事件ではない」として、削除を認めた。¹²

第11 おわりに

1 本稿

以上、最近までの「忘れられる権利」に関連する主な裁判例の変遷が分かるよう、概略のみを時系列で紹介した。詳しい内容については、是非、原典などにあたって頂きたい。

ただし、事案の性質（犯罪歴、プライバシー等）から、公開されている情報が少ないのも事実である。

そのような中で、本稿中でも引用させて頂いた、

奥田喜道編著『ネット社会と忘れられる権利』（現代人文社・2015年）は、実際に原告・申立人の代理人として活躍された弁護士による解説が掲載されており、参考になる点が多い。

2 今後の展開

検索サービスに対する削除が全く認められてこなかった時期を経て、近時は、徐々に削除が認められるようになってきたといえると思う。

今後は、削除が認められるための要件（例えば、犯罪歴であれば、事実なのかどうなのか、事実であればその重大性や経過年数等）についての事例の蓄積が重要と思われる。

また、削除対象記事の特定についても今後の課題である。膨大な、かつ、刻々と変化する検索結果を特定し、記載する作業は、申し立てる側にとっても裁判所にとっても多大な労力を強いることになる。そこで、例えば、あるキーワードで検索した場合、特定の侵害文言を含んだ検索結果を表示してはいけない、といった特定方法も考えられるが、明確な答えはなく今後の検討課題である。¹³

これとは別に、削除が認められるようになってきたことを踏まえ、各検索サービス提供企業が独自に削除のガイドラインを整備してきている。前記東京地裁平成28年8月17日決定を受け、企業側がガイドラインにおける削除要件、対象を広げる形で修正してくることが期待される。したがって、各社のガイドラインの中身、そして運用を常に注視していく必要がある。

¹ NHK クローズアップ現代「“忘れられる権利”はネット社会を変えるか？」
(<http://www.nhk.or.jp/gendai/articles/3219/1.html>)

² 「サジェスト機能」…インターネットのサーチエンジンで、検索した文字列に関連の深い語句を逐次予測して表示する機能。米国グーグル社のサーチエンジンではオートコンプリートといい、語句の候補を、他の利用者の検索語句や同社のデータベースから機械的に抽出して表示している。予測表示機能。検

索予測機能。検索候補機能。(朝日新聞社「コトバンク」<https://kotobank.jp/word/サジェスト機能-677945>)

³ 第4全体につき、富田寛之、高橋未紗「グーグルサジェスト削除請求等事件」奥田喜道編著『ネット社会と忘れられる権利』72頁以下（現代人文社・2015年）

⁴ スニペット(snippet)…広くは、情報・ニュース等の断片、抜粋等を意味するが、インターネット検索の場面ではもっぱら、検索結果ページにおいて、タイトルやURLの下に表示

される，検索語を含む検索先サイトの抜粋・要約を指す。

- 5 第5全体につき，島崎哲朗「ヤフー検索結果削除請求事件」前掲『ネット社会と忘れられる権利』93頁以下
- 6 石井夏生利，神田知宏，森亮二「検索結果削除の仮処分決定のとらえ方と企業を含むネット情報の削除事務」NBL1044号8頁以下
- 7 朝日新聞平成27年7月2日朝刊
- 8 判例時報2282号78頁

⁹ 判例タイムズ1429号112頁

¹⁰ 読売新聞平成28年8月20日朝刊

¹¹ 読売新聞平成28年11月18日朝刊

¹² 産経ニュース「逮捕歴「社会的意義なし」グーグル検索結果の削除命じる 横浜地裁」(<http://www.sankei.com/affairs/news/161109/afr1611090001-n1.html>)

¹³ 神田知宏「グーグル検索結果削除仮処分命令申立事件」・前掲『ネット社会と忘れられる権利』137頁

職務発明と労働法規制についての一考察

(A study of employee invention and regulations of labor law)

岡田 健太郎

第1章 序論

職務発明に労働法の規制が及ぶかという問題については、既にいくつか論考が発表されている。特に、特許法35条改正の立案担当者が執筆した論考には、職務発明に関する労使の定めは「労働条件」には該当せず、労働基準法や労働契約法が適用されないとする趣旨の論考が多い。その主な理由は、「労働条件」であると解してしまうと職務発明に関する現在の実務の取扱いとの乖離が生じてしまうというものである。

しかし、筆者は、職務発明に関する労使の定めは実態としては労働契約関係における労働者の待遇に他ならず、使用者から労働者に支払われる「相当の利益」についても、その定め方によっては労働基準法上の「賃金」に該当する場合がありますと解する。

本稿では、労働基準法や労働契約法の個々の条文を個別に検討し、職務発明に関するために労働法規を適用したとしても、実務と乖離する事態は生じず、むしろ他の労働法規制との整合性が取れるということを論じたいと思う。

第2章 職務発明と「労働条件」

第1 はじめに

職務発明と労働法の関係性について論ずる論考においては、職務発明における特許を受ける権利の帰属（使用者と従業員のどちらに帰属するか）の取決めや、職務発明によって使用者から従業員へ支払われる「相当の対価」ないし「相当の利益」が「労働条件」に該当するか、という観点で論じられることが多い。

そして、前述の通り、立案担当者の執筆した論

考は、職務発明に関する取決めが労働条件に該当せず、特許法35条によってのみ規律されるという見解を述べるものが多い。

しかしながら、筆者は、職務発明に関する取決めの特許法35条以外の労働法規制が全く及ばないとするのは妥当ではなく、「労働条件」といっても個々の法律や条文により異なる意味を持ちうると考えられることから、職務発明に関する取決めが「労働条件」に該当するかという一般的な問題の立て方をするのではなく、個々の条項ごとにその該当性を検討し、労働法規の適用の有無を検討した方が良いと考える。

以下では、これまでの学説を概観したうえで、自説を論ずることとする。

第2 学説

1 労働条件該当性否定説

(1)『木村陽一「新たな職務発明制度」17頁(L&T、2004年7月)』は、平成27年改正前の「相当の対価」について、「一般的には労働条件ではないと解すべきと考える。」としている。

同論考は、その理由として、①35条は労働法規としての側面を有することは否定できないが、「相当の対価」一般が、憲法27条2項の勤労条件法定主義を淵源とし、「労働者が人たるに値する生活を営むための必要を充たす」（労働基準法1条）べく規律されるべきものとまでは考えにくいこと、②旧法の内容・運用との連続性を考えても、相当の対価を労働条件と考えることには無理があること、を挙げている。

(2)『深津拓寛他「実務解説 職務発明—平成27年特許法改正対応」213頁(商事法務、2016年)』は、「職務発明の取扱いは「労働条件」にあたらぬというべきである。」としている。

同論考は、その理由として、①職務発明につい

て特許を受ける権利の帰属及び「相当の利益」に関する問題は、あくまでも発明者たる地位との関係で生じるものであるのに対して、労働契約関係は、使用者が労働者を使用して労働させること、及び労働の対償としての賃金の支払いをその本質としている点で異なること、②職務発明制度と労働基準に関する規制の法目的の相違を背景として、特許法35条は、職務発明について特別の取扱いを定めたものであること、③実質的観点から見ても、特許法35条自体が使用者と従業者との力関係を考慮した労働法的配慮をすでに織り込んでおり、あえて特許法に重ねて労働法の規制を及ぼす必要はないこと、などを挙げている。

2 労働条件該当性肯定説

(1)『土田道夫「職務発明とプロセス審査—労働法の観点から」152頁～154頁(田村善之・山本敬三編、有斐閣、2005年3月)』は、「職務発明と労働法との関係についてポイントとなるのは、職務発明とその対価が労働条件に当たるか否かである。」とした上で、私見は労働条件説(肯定説)に立つとしている。

同論考は、その理由として、①労働条件は、「労働契約における労働者の待遇の一切」と定義されるところ、発明とその対価は、労働契約における従業者の処遇に関する事項に属すること、②労働法規による規制と特許法35条の規制とが食い違うとの懸念は、職務発明に対する特許法と労働法の重畳適用を認めつつ、特許法の趣旨を考慮して労働法を解釈し、また特許法の優先適用を肯定することで回避できるのではないかと考えられること、を挙げている。

同論考は、職務発明とその対価が労働条件に該当するとした上で、個々の労働法規の条項ごとに、特許法の趣旨を考慮して労働法を解釈したり、特許法を優先的に適用したりすることにより柔軟な結論を図ろうとする考え方であり、個々の条項ごとに適用の可否を考えるという点で、後述の自説と共通性があると考えられる。

(2)『荒木尚志ほか「詳説労働契約法[第2版]」110頁(弘文堂、2014年5月)』は、労働契約法7条、10条にいう「労働条件」について、「職務発明に対する対価もここにいう労働条件

に該当すると解される。」としている。

第3 検討の視点

1 「労働条件」という用語は、労働基準法、労働組合法、労働契約法などの法律の個々の条文において使用されており、それらがすべて同じ意義を有しているとは限らない。

例えば、労働基準法15条にいう「労働条件」には、福利厚生に関する事項や寄宿舎規則に関する事項が含まれないが、労働契約法7条、10条にいう「労働条件」にはこれらの事項も広く含まれるとされている(荒木ほか・前出110頁)。

また、条文によっては、「労働条件」に該当するか否かについて結論を出しただけでは問題が解決しない条文もある。例えば、労働協約によって職務発明に係る「相当の利益」の基準について定めた場合に、その基準に違反する個別の労働契約を無効とする規範的効力が生ずるか、という問題を検討するにあたっては、「相当の利益」が「労働条件」に該当するか否かを検討するだけでは不十分であり、「相当の利益」が労働組合法16条にいう「労働条件その他の労働者の待遇に関する基準」に該当するか否かが検討されなければならない¹。

したがって、漠然と「労働条件」に該当するか否かという問題設定をするのではなく、職務発明に関する規定に労働法の規制が及びうるかという一般的な問題意識を持ったうえで、個々の規定ごとに適用の可否を検討することが妥当であると考えられる。

2 東京高判平成16年1月29日(判時1848号25頁)は、職務発明の相当対価請求訴訟の準拠法を定めるための理由づけとして、「特許法35条は、特許法中に規定されているとはいえ、我が国における従業者と使用者との間の雇用契約上の利害関係の調整を図る強行法規である点に注目すると、特許法を構成すると同時に労働法規としての意味をも有する規定であるということが出来る。」としている。

また、否定説の言う、「特許法35条自体が使用者と従業者との力関係を考慮した労働法的配慮をすでに織り込んでいる」という分析も、その通りであると考えられる。

しかしながら、特許法35条が労働法規として

の意味を持ち、労働法的配慮を織り込んでいたとしても、他の労働法規の適用は一切必要なく適用が排除されるかどうかについては、別個の検討を要するであろう。

労働法制は、労働基準法、労働契約法、労働組合法等いくつかの法律、規則、行政解釈により形作られており、特許法35条という一つの条文で全ての労働法的配慮を充足しているというのは無理があると思われる。

したがって、職務発明に関する規定に対する労働法の規制を一切排除するのは適切ではなく、一般的には及びうるという前提のもとで、個々の労働法規ごとに、適用の可否を検討するというという姿勢が妥当であると考えられる。

3 以下では、上記の前提に立って、個々の労働法規の適用の是非を検討することとする。

第4 労働条件の明示（労働基準法15条）

1 労働基準法15条1項は、「使用者は、労働契約の締結に際し、労働者に対して賃金、労働時間その他の労働条件を明示しなければならない。」と規定している。

ここにいう「賃金、労働時間その他の労働条件」に、職務発明に関する条件も含まれるのか、言い換えれば、職務発明について「契約、勤務規則その他の定め」により特許を受ける権利の帰属を定めた場合や「相当の利益」について定めた場合に、使用者は、労働基準法15条1項の規定に基づき、労働者に対してそれらの内容を明示する義務を負うのであろうか。

2 職務発明に関する定め労働者への明示の問題に関連する特許法上の規定としては、特許法35条5項がある。同条項は、契約、勤務規則その他の定めにおいて定められた相当の利益が不合理であるかの考慮要素の一つとして、相当の利益の内容を決定するための基準の「開示の状況」を挙げている。そして、特許法35条6項の指針（ガイドライン）によれば、「開示」とは、従業者等がその基準を見ようと思えば見られる状態にすることを意味するとされ（同指針第二・一・1（四））、開示等の「状況」とは、開示等の手続がなされたか否かという二者択一的な判断のみではなくその手続の状況全般が考慮要素となるこ

とを意味するとされ（同指針第二・一・1（六））、職務発明に係る権利が使用者等に帰属する時までに開示されていれば、そのことは不合理性をより強く否定する方向に働くものと考えられる、とされている（同指針第二・三・2（三））。

すなわち、労働基準法15条の労働条件の明示は労働契約の締結時に必要であるのに対し、相当の利益の内容を決定するための基準の開示は職務発明に係る権利が使用者等に帰属する時までになされていれば足り、しかも開示が不十分であっても協議や意見の聴取の状況等の総合判断によって不合理性が否定される場合もあり得るのである。

3 職務発明に関する取扱いが「労働条件」ではないとする説は、この労働基準法15条の規定などを根拠に、仮に労働条件に該当するとすれば企業は従業者の入社時に職務発明に関する取扱いを明示しなければならず、現在の一般的な運用と異なるものである、と主張する（前出・深津ほか214頁）。

4 労働基準法15条1項にいう「賃金、労働時間その他の労働条件」の意義については、労働基準法施行規則5条1項の1号から11号までに定められている。

その中には、労働者の職務発明に係る特許を受ける権利の帰属に関する定め（労働者に帰属するのかそれとも使用者に帰属するのか）は規定されていない。したがって、職務発明に係る特許を受ける権利の帰属に関する定めは、労働基準法15条1項の「労働条件」には該当しない。

他方、労働者の職務発明に関する「相当の利益」に関する定めについては、「賃金」（同項3号）、「臨時に支払われる賃金」（同項5号）との規定があり、職務発明に関する「相当の利益」が「賃金」に該当するのかが問題となる。

この点、「相当の利益」が「賃金」に該当するかについて、詳しくは後記第3において述べるが、労働協約、就業規則、労働契約等によってあらかじめ使用者に特許を受ける権利を取得すること及び「相当の利益」の支給条件が明確に定まっており、「相当の利益」が金銭で支払われる場合には、「相当の利益」は「賃金」に該当すると解する。

その他の場合には、「賃金」には該当せず、労働基準法施行規則5条1項の各号にも他に該当する事項がないことから、労働基準法15条1項にいう「賃金、労働時間その他の労働条件」には該当しないと解される。

5 上記の通り、「相当の利益」は「賃金」に該当する場合と該当しない場合とがあり得るが、「相当の利益」が「賃金」に該当する場合には、労働基準法15条1項により、使用者は、労働契約の締結に際し、労働者に対してその内容を明示する義務が生じる。ただ、このように解したとしても、労働契約によって「相当の利益」が定められた場合には、契約締結前に労働者がその内容を把握していることは当然であり、労働協約や就業規則によってあらかじめ「相当の利益」の支給条件が明確に定まっている場合には、それを労働契約の締結に際して労働者に明示する義務を課したとしても、他の労働条件と同様の規制にすぎず、使用者に特段重い義務を課したことにはならないと思われる。

このような場合、「相当の利益」については、労働基準法15条1項による規制と、特許法35条5項の手續規制の双方が及ぶことになる（ただし、重複する部分が多いと考えられる。）。

6 他方、「相当の利益」が「賃金」に該当しない場合には、労働基準法15条1項にいう「賃金、労働時間その他の労働条件」には該当しないと解される。

ただ、そうであるからといって、職務発明に関する定めが労働基準法の他の条項や他の法律にいう「労働条件」に一律に該当しないと解釈するのは、やや性急であるというべきであろう。

労働基準法施行規則5条1項は「法第十五条第一項前段の規定により労働者に対して明示しなければならない労働条件は次に掲げるものとする。」として1号から11号まで列挙しており、その中には、例えば寄宿舎に関する条件は規定されていない。これに対し、次に述べる労働基準法3条にいう「労働条件」には、寄宿舎に関する条件も含む趣旨であるとされており（昭和63年3月14日基発第150号）、労働基準法3条に規定された「労働条件」よりも労働基準法15条に規

定された「労働条件」の方が狭い概念である。

したがって、他の条項についても、個別にその適用の有無を検討する姿勢が重要であると考えられる。

第5 均等待遇の原則（労働基準法3条）

1 労働基準法3条は、「賃金、労働時間その他の労働条件」について、労働者の国籍、信条又は社会的身分を理由としての差別的取扱を禁止している。かかる規定が、労働者の職務発明に係る特許を受ける権利の帰属に関する定めや、労働者の職務発明に関する「相当の利益」に関する定めについて適用されるであろうか。

2 労働基準法3条にいう「労働条件」は、労働契約関係における労働者の待遇の一切をいうとされており（菅野和夫「労働法〔第11版〕」229頁（弘文堂・2016年））、「その他の労働条件」には解雇、災害補償、安全衛生、寄宿舎等に関する条件も含む趣旨であるとされている（昭和63年3月14日基発第150号）。

そして、労働基準法3条は、国籍、信条、社会的身分という特定の理由に基づく差別的取扱いを禁止する規定であり、差別の「理由」が限定されている一方で、上記の通り、適用される「対象」は、労働者の待遇の一切について広く適用する趣旨であると考えられる。従って、職務発明に係る特許を受ける権利の帰属についても、職務発明に係る「相当の利益」についても、同条にいう「その他の労働条件」に該当すると解釈するのが相当である。

例えば、ある会社において、従業員の職務発明における「相当の利益」の金額が、従業員の地位や発明の内容ではなく国籍のみで差別されるような職務発明規程があったとすれば、かかる規定は労働基準法3条に違反すると解釈されるのが自然であろう。

3 労働基準法3条の解釈にあたっては、他に差別を合理化する理由の存在の有無を確認し、そのような合理性がない場合にはじめて、国籍等を「理由として」差別取扱いがなされたということになる、とされている（労働省労働基準局編著「全訂六版 解釈通覧 労働基準法」27頁（総合労働研究所））。

したがって、従業者によって適用される職務発

明規程が異なっても、他に合理的理由があるのであれば労働契約法3条には違反しないとされ、「国籍」「信条」「社会的身分」を理由とする差別的取扱であると判断されるケースは実際にはあまりないと考えられる。上記のような明らかに不当なケースを労働基準法3条によって規制することは、むしろ当然とも言えることであり、適用範囲が不当に拡張するというおそれはないと考えられる。

第6 就業規則の不利益変更（労働契約法10条）

1 労働契約法10条は、「使用者が就業規則の変更により労働条件を変更する場合において、変更後の就業規則を労働者に周知させ、かつ、就業規則の変更が、労働者の受ける不利益の程度、労働条件の変更の必要性、変更後の就業規則の内容の相当性、労働組合等との交渉の状況その他の就業規則の変更に係る事情に照らして合理的なものであるときは、労働契約の内容である労働条件は、当該変更後の就業規則に定めるところによるものとする。」と規定している。

そして、就業規則に定められている事項であっても、労働条件でないものについては、労働契約法10条は適用されないとされている（平成24年8月10日基発0810第2号）。

そこで、職務発明に係る特許を受ける権利の帰属や相当の利益に関する取決めが、労働契約法10条にいう「労働条件」に該当するかが問題となる。

2 労働契約法10条にいう労働条件については、就業規則で合理的規定を定めることにより労働契約の内容となり得る事項であることが必要であるが、賃金や労働時間等の狭義の労働条件だけでなく、災害補償、人事事項、服務規律、教育訓練、付随義務、福利厚生等が広く含まれると解される（荒木ほか・前出110頁）。

したがって、職務発明に係る「相当の利益」についても、同条にいう「労働条件」に該当すると解される。

また、職務発明における特許を受ける権利の帰属（特許を受ける権利が労働者ではなく使用者に帰属するという取決め）についても、従業員にとって自らが労働として行う職務発明について特許を受ける権利が自分には帰属せず会社に帰属

するという重要な事実であり、労働契約の内容となり得る事項であるから、「労働条件」に該当すると解する。

3 「相当の利益」が労働契約法10条にいう「労働条件」に該当するとすれば、「相当の利益」に関する就業規則（職務発明規程）に従業員に不利益に変更する場合や職務発明規程を新設する際に、特許法35条5項の手續規制が及ぶと共に、労働契約法10条の規制が及ぶこととなる。特許法35条5項の規制は、「協議の状況」「基準の開示の状況」「意見の聴取の状況」等を考慮して、不合理であってはならないという内容であるのに対し、労働契約法10条の規制は、労働者への周知、労働者の受ける不利益の程度、労働条件の変更の必要性、変更後の就業規則の内容の相当性、労働組合等との交渉の状況その他の就業規則の変更に係る事情に照らして合理的である必要があるという内容であり、両者は重複する部分が多いが、全く同じ内容であるわけではなく、就業規則で「相当の利益」の定めをする場合には双方を満たす必要がある。

ただ、これは使用者側に特別の負担を課すものとは言えず、就業規則において労働条件を定めている以上、労働契約法10条の規制が及ぶことはある意味で当然のことと考えられる。

4 もともと職務発明規程が存在しなかった会社において、職務発明の特許を受ける権利を使用者に原始帰属させるという規程を就業規則によって創設する場合、権利帰属に関する定め自体には、特許法35条5項の手續規制は及ばない（深津ほか・前出111頁）。

これに対し、職務発明の特許を受ける権利の帰属は、労働契約法10条の「労働条件」に該当することから、労働契約法10条の規制は、上記のような場合にも及ぶと解される。職務発明による特許を受ける権利は財産権であり、特許を受ける権利の帰属を労働者から使用者に変更するにあたっては、労働法的な規制を及ぼすことが妥当であると考えられる。

第3章 「賃金」に関する論点

第1 問題の所在

従業員は、契約、勤務規則その他の定めにおいて職務発明についてあらかじめ使用者に特許を受ける権利を取得させ、使用者に特許権を承継させたときは、相当の金銭その他の経済上の利益（「相当の利益」）を受ける権利を有する（特許法35条4項）。

かかる「相当の利益」は、労働法（特に労働基準法）にいう「賃金」に該当するか。

第2 「賃金」の意義

1 労働基準法11条は、「この法律で賃金とは、賃金、給料、手当、賞与その他名称の如何を問わず、労働の対償として使用者が労働者に支払うすべてのものをいう。」とされている。

2 この労働基準法11条については、いくつかの行政解釈が示されている。

まず、労働者に支給される物又は利益のうち、労働契約においてあらかじめ貨幣賃金の外にその支給が約束されているものは、賃金とみなされ、退職金、結婚手当等であっても労働協約、就業規則、労働契約等によって予め支給条件の明確なものは、賃金とみなされる（昭和22年9月13日発基第17号）。

また、いわゆるストックオプションについて、権利付与を受けた労働者が権利行使を行うか否か、また権利行使するとした場合において、その時期や株式売却時期をいつにするかを労働者が決定するものとしていることから、この制度から得られる利益は、それが発生する時期及び額ともに労働者の判断に委ねられているため、労働の対償ではなく、労働基準法第11条の賃金には当たらないとされている。ただし、ストックオプションは賃金ではないが、労働条件の一部であるとされている（以上につき、平成9年6月1日基発第412号）。

3 職務発明に関する「相当の利益」ないし平成27年改正前の職務発明に関する「相当の対価」が「賃金」に該当するかについては、行政解釈はされていないようである。

第3 「労働の対償」と「相当の利益」の関係

「賃金」であるためには「労働の対償」であることが必要であるところ、「相当の利益」は「労働

の対償」といえるか。

この点、特許法35条4項は、従業員が「相当の利益」を受ける権利を有する場合として、契約、勤務規則その他の定めにより職務発明について使用者に特許を受ける権利を取得させたとき、及び使用者に特許権を承継させたとき、を規定している（同項は、専用実施権及び仮専用実施権を設定したときについても規定しているが、以下では割愛する）。

上記規定からも分かる通り、従業員が「相当の利益」を受ける権利を有する場合は、大きく分けて、①職務発明が完成した後に契約により特許を受ける権利ないし特許権を従業員から使用者に承継（譲渡）する場合と、②職務発明が完成する前に契約や就業規則等によってあらかじめ使用者に特許を受ける権利を取得させることを定めている場合（特許法35条3項参照）が考えられる。

そこで、以下、それぞれの場合について、「相当の利益」が「賃金」に該当するかについて検討する。

第4 発明完成後に契約により特許を受ける権利ないし特許権を承継させる場合

特許を受ける権利の原始的使用者帰属の定めがなく、職務発明が完成した後に従業員と使用者の契約により特許を受ける権利ないし特許権を従業員から使用者に承継（譲渡）する場合（上記①の場合）には、特許権を承継させるか否かが労働者の判断に委ねられていると言え、「相当の利益」は従業員が自らの判断により特許を受ける権利ないし特許権という財産権を使用者に承継させたことの対価であると評価できることから、このような場合の「相当の利益」は「賃金」ではないと解される。

第5 特許を受ける権利が使用者に原始帰属する場合

1 次に、職務発明が完成する前に契約や就業規則等によってあらかじめ使用者に特許を受ける権利を取得させることを定めている場合（上記②の場合）について検討する。特許法35条3項は、従業員がした職務発明については、契約、勤務規則その他の定めにおいてあらかじめ使用者に特

許を受ける権利を取得させることを定めたときは、その特許を受ける権利は、その発生した時から当該使用者に帰属すると規定しているが、このようにあらかじめ使用者に特許を受ける権利を取得させることを定めていた場合は、相当の利益は「賃金」と言えるであろうか。特に、労働協約、就業規則、労働契約等によって「相当の利益」の支給条件が予め明確に定まっている場合に「賃金」と言えるのではないかが問題となる。

2 この点、仮に定めがなければ本来従業者に帰属するはずの特許を受ける権利が、定めをすることにより使用者に帰属することとなり、その対償として従業者が「相当の利益」を取得しているのだから、「相当の利益」は特許を受ける権利の対償であって「労働の対償」ではない、との考え方もあり得る。

しかしながら、従業者が行う職務発明は、その性質上、使用者の業務の範囲に属し、かつ、その発明をするに至った行為がその使用者における従業員の現在又は過去の職務に属するものである（特許法35条1項）。

そうだとすれば、従業者が職務発明を行う過程は、従業者がその職務として行った労働そのものであり、その労働によって使用者は特許を受ける権利を取得し、従業者は「相当の利益」を受ける権利を取得したものである。その過程には発明という創作行為が含まれているものの、労働法的観点から見れば、労働者に支給される「相当の利益」を「労働の対償」と評価することに支障はないと解される。

したがって、労働協約、就業規則、労働契約等によって「相当の利益」の支給条件が予め明確に定まっており、かつ「相当の利益」が金銭により支払われる場合には、「相当の利益」は「賃金」と解する。

なお、平成27年改正によって、特許を受ける権利の原始的使用者帰属が認められるようになったため、「相当の利益」が「賃金」であることがより容易に理論づけられるようになったと思われるが、平成27年改正前の予約承継の制度下にあっても、特許を受ける権利が従業者から使用者に承継されることがあらかじめ明確に定まって

いるのであり、従業者が労働したことにより特許を受ける権利が生じ、それが「相当の対価」に変容しているのであるから、全体としてみれば「相当の対価」は従業員の「労働の対償」として評価でき、「賃金」に該当すると評価できるのではないだろうか。

3 上記のように「相当の利益」が労働基準法上の「賃金」に含まれるという考え方は、結婚手当などであっても労働協約、就業規則、労働契約等によって予め支給条件の明確なものは、広く賃金とみなすという行政解釈とも整合していると思われる。

4 この点、職務発明は、必ずしも雇用関係に限られず、国と国家公務員、地方公共団体と地方公務員の関係や、請負契約関係においても適用されることから、「相当の利益」は「賃金」に該当しないのではないかという反論もあり得る。

しかしながら、例えば結婚手当など、必ずしも雇用関係に限られない支払いについても、雇用関係において支払われる場合には行政解釈によれば「賃金」に該当する余地があるのであり、職務発明における「相当の利益」についても、同様に雇用関係において支払われる場合には「賃金」に含めることに支障はないはずである。

5 また、ストックオプションについては、労働条件ではあるが賃金ではないという行政解釈が示されているところ、職務発明における「相当の利益」もこれと同様に考えるべき、という考え方もあり得る。

しかし、ストックオプションが賃金ではない理由は、この制度から得られる利益が発生する時期及び額ともに労働者の判断に委ねられているため労働の対償ではないというものであり、職務発明における「相当の利益」の支給条件が、労働協約、就業規則、労働契約等によって予め明確に定まっている場合には、発生する時期及び額が労働者の判断に委ねられているとは言えず、ストックオプションと同様に考えることはできない。

6 また、前述の行政解釈は、ストックオプションが賃金ではないことの帰結として、ストックオプションを賃金の一部として取り扱うことが労働基準法24条（賃金の全額払いの原則）に違反

する、としており、発生する時期や額が流動的なストックオプションを通常の賃金に代えて支払うことにより労働基準法24条の潜脱することを防止する趣旨があると考えられる。前出・土田151頁以下も、「発明の対価を賃金(労働の対価)に含めて支払うことが法的に可能かどうかの問題となるが、この点は認められていない。」としている。

しかし、ストックオプションは、毎月の給料に代えてストックオプションを付与するというケースが想定できるのに対し、職務発明における「相当の利益」は、職務発明が完成した場合でなければ従業員に支払われることはなく、通常の賃金の代わりに「相当の利益」を支払うということはそもそも考えにくいのではないだろうか。この点は、結婚手当を通常の賃金の代わりに支払うことが考えにくいと同様である。

したがって、「相当の利益」が「賃金」に該当すると考えたとしても、労働基準法24条を潜脱するおそれはないように思われる。

7 平成27年改正により、「相当の対価」が「相当の金銭その他の経済上の利益」に改正され、留学の機会の付与やストックオプションの付与等金銭以外の経済上の利益も「相当の利益」に該当しうることとなった。「相当の利益」がストックオプションにより支払われる場合には、前述の行政

解釈により、「賃金」には該当しないこととなる。また、留学の機会の付与についても、その支給条件があらかじめ明確になっているとは言えず、「賃金」には当たらないと解される。

第5 小括

以上の通り、職務発明が完成した後に従業員が使用者に特許権を承継させた場合には、「相当の利益」は「賃金」とは言えないが、あらかじめ使用者に特許を受ける権利を取得させることを定めており、かつ、労働協約、就業規則、労働契約等によって「相当の利益」の支給条件が予め明確に定まっており、「相当の利益」が金銭で支払われる場合には、「相当の利益」は「賃金」に該当すると解する。

第4章 結語

以上見てきた通り、「相当の利益」が労働基準法における「賃金」に該当する場合があります、職務発明に関するために労働基準法や労働契約法がある程度広く適用されると解釈したとしても、実務的取扱いから乖離するという事態は生ぜず、むしろ様々な利益を考慮した労働法規制を職務発明に対しても及ぼす余地を残しておくという方が、実態に即した解決となるのではないかと思われる。

¹ 前出・木村17頁も、「相当の対価」について「労働条件」ではないとしながら、「労働組合法16条にいう『その他の労働者の待遇』に

該当すると考える余地もあるのではないかと述べている。

神奈川の林地・緑地保全と開発

(Conservation and development of forestland and green area in Kanagawa)

幸 裕子 小倉 孝之 大森 望 畑中 隆爾
新倉 武 宮澤 廣幸 大島 正寿 鈴木 洋平

第1章 はじめに

箱根・丹沢の原生林、その隣辺の中山間地と二次的自然である里地里山、市街地に残る都市公園など、神奈川県は多様な姿を見せているが、近年では都市化の進展に伴ってそれら林地・緑地の減少と劣化が著しい。このことは同時に私たちの生存の基礎をなすところの生物多様性が質、量ともに衰弱していることを意味する。生物多様性の保全・回復は至上命題であるところ、残念ながら開発圧力の前に各自治体が標榜する生物多様性地域戦略や緑の基本計画などの建前どおりに進展しているとは言い難いのが現状である。

そこで、神奈川県内の林地・緑地の生物多様性保全の見地からみた価値、保全のための規制・手段とその限界などについて、当会の環境法実務研究会及び公害・環境問題委員会のメンバーらが調査・研究等を行った県内4ヶ所の開発事例をもとに検討し、併せて神奈川県における主要な保全制度についてその意義と問題点を考える。

第2章 神奈川県における開発の実例

この章では、生物多様性の価値や地域性の異なる県内4ヶ所の林地・緑地における開発事例を取り上げる。第一は最も都市化が進んでいる横浜市内に残る近郊緑地である上郷猿田地区の緑地開発である。第二は首都圏近郊に位置する里地的な緑地であった三浦半島の北川湿地の建設土砂処分場建設である。第三は丹沢緑の回廊の間近にある八国見山の霊園開発である。第四は箱根の国立公園内の林地におけるポーラ美術館建設である。

第1 上郷猿田地区の事例（横浜市栄区）

1 上郷猿田地区の概要

横浜市南部に、多摩から三浦半島へと続く多摩・三浦丘陵群の一部を形成していた緑地群がある。ここには、瀬上市民の森、氷取沢市民の森、氷取沢緑地、峰市民の森、上郷1号～9号緑地、釜利谷1号～4号緑地、釜利谷市民の森、能見堂緑地、金沢自然公園、金沢市民の森、横浜自然観察の森などが含まれ、横浜市により「横浜つながりの森」と総称されている。

現在、栄上郷猿田地区開発計画（以下「本件計画」という。）の対象となっているのは、当該緑地群の北西端に位置する栄上郷町猿田地区（以下「本件地区」という。）31.9haで、そのうち宅地開発等の市街化計画対象の地区は、舞岡上郷線の北に位置する9.5ha部分である。

本件地区の南端は、ゲンジボタル及びヘイケボタルの生息地として有名な瀬上市民の森に接続する森林であり、本件地区には、瀬上市民の森の瀬上池につながる瀬上沢が流れている。本件地区には虫をはじめ4000種もの昆虫、オオタカを含む沢山の鳥類、ヤマアカガエル等たくさんの希少な生物が生息している。その他、周知の埋蔵文化財包蔵地として深田製鉄遺跡等の遺跡が所在し、さらに貝化石（ツキガイモドキ類）の堆積露頭及び横堰（江戸期）が存在している。

以上の通り、上郷に広がる緑地一帯は将来世代を含む市民共有の財産といえる。

他方で、現状、本件地区内の緑地は何らの整備も行われておらず、緑地を訪れた市民やボランティアが急な雨を避けるための構造物やトイレ等の施設は一切設けられていない。そして、本件計画には、本件地区の宅地開発計画地以外の22.4haに、新たに「瀬上自然公園」及び「上郷里山

公園」を整備すること、並びに「上郷町石原特別緑地保全地区」「上郷町深田特別緑地保全地区」を決定し緑地保全を図ることも含まれており、これまでの経緯において横浜市が開発と保全のバランスをとろうとしてきたことが反映された形になっている。

2 開発事業の概要と経過

(1) 概要と経緯

本件計画は、土地所有者等から都市計画の変更を提案する制度である都市計画提案制度（都市計画法（以下、本項においては「都計法」という。）21条の2）を利用し、地権者である東急建設株式会社（以下、「東急建設」という。）により提案された。第一次提案がなされた平成19年当初、計画面積は33.1haであったが、市民の反対が強く、開発面積が大規模で、緑地を保全してゆくという市の方針とも合致していなかったため、市の都市計画提案評価委員会において都市計画変更の必要性が認められないとの判断がなされ、提案は採用されずに終わった。

その後平成24年になり、横浜市から東急建設へ、市は既存樹林地を保全すべきと考えており、計画は緑地・生態系の保全に配慮したものになるよう検討されたい旨の助言がなされ、東急建設は宅地化等の開発面積を当初の33.1haから12.5haへと大幅に縮小し、計画地における緑地面積比率を上げた第二次提案をおこなった。同提案は都市計画提案評価委員会を通過した。

平成26年、事業者による計画の住民説明会が開催され、翌27年には市が事業者の提案を修正した都市計画市素案（案）を策定。縦覧に付した上、住民説明会及び公聴会が開催された。市の素案（案）は、事業者提案では宅地開発対象地だった舞岡上郷線の南東部3haについて、円海山周辺緑地への玄関口としての役割が期待されるためとの理由で市街化区域に変更せず、市街化調整区域のままとし、緑地として保全するというものであった。

同修正にもかかわらず、宅地開発に対して市民から根強い反対意見が出たが、横浜市は、平成28年秋、当初の市素案（案）とほとんど同内容の市素案を策定し、後述する素案縦覧及び説明会を行

った。

(2) 現在の状況

横浜市は、事業者の提案を修正した市素案（案）とほぼ同内容の市素案を策定の上、平成28年10月25日～11月22日縦覧に付し、同時に公聴会の公述申出を受け付けた。平成28年11月8日には都市計画市素案説明会が開催され、平成29年1月17日に開催された公聴会では、公述人の5人が賛成、6人が反対の立場で意見を述べ、定員500名を超える傍聴者がつめかけた。

3 開発事業の問題点

(1) 自然環境への影響

現在の市素案によっても、9.5haの開発対象部分の森林を消失させることになる。この森林は横浜市南部に所在する一まとまりになった緑地群の北西端で、オオタカやヤマアカガエル等多様な生物が生息することがわかっており、当該部分の消失によりそれらの生物の生息地が減少することになる。

また、開発対象区域から舞岡上郷線を隔てた反対側には、公園ないし緑地として保全する予定の区域があるところ、開発（宅地及びショッピングモール等）や公園化の影響で、環境の変化に敏感なホテル等の生物にどのような影響が出るのか、横浜市や東急建設がその点のフォローをどのように考えているのかは、公表されておらず不明である。

ホテルは人工照明の届く場所には生息しないことがわかっており、ショッピングモールの照明が夜間まで煌々と灯るとすれば、道路1本隔てた緑地のホテルに影響が出ないとは考えにくい。森であった場所をショッピングモールや住宅地とした場合の、蛍生息域の水質悪化も懸念される。

(2) 安全性

現在の市素案で宅地開発の対象となっている9.5haの中には、横浜市が公開している土砂災害ハザードマップにおいて土砂災害警戒区域となっている土地がかなりの割合で含まれている他、同マップにおいて急傾斜地崩壊危険区域とされている土地も若干含まれている。

開発計画地は、「深田」「猿田」などの地名に表れているとおり、過去には水田であったところを

埋め立てた土地も多くあり、地盤が軟弱であると言われている。そこに盛土をして宅地化する計画となっているところ、近時、専門家から、盛土をして宅地化した谷間の土地について、地滑り・土砂災害・液状化現象等の災害の危険性が指摘されており、市民からは、地震災害時の地滑りや液状化を不安視する声が上がっている。

なお、この点について横浜市は、本件計画が開発許可要件（都計法 33 条）を充足していることをもって安全性は担保されていると答弁している。しかし、ほぼ全ての災害は公法上の規制を遵守した上で生じているといってもよく、また、公法上の規制には、近時になって専門家に危険性を指摘されるようになった事象が考慮されていないことから考えると、横浜市の災害の危険性に対する考え方や住民の不安に対応する姿勢には疑問がある。

(3) 開発の必要性

現在、社会全体において住宅供給過剰、いわゆる住宅余り現象は進む一方である。日本社会の人口の大幅減少も統計上確定しており、将来的に一層住宅が余ることは公知の事実である。

本件計画地が所在する横浜市栄区でも、人口減少が進んでおり、横浜市による平成 27 年の統計では、人口減少率が金沢区に次いで 2 位となっている。

将来において現在ある宅地が余ることがわかっているのであれば、新規宅地造成のために緑地を開発することの合理性は疑わしい。

なお、この点について横浜市は、住宅供給過剰は地方・郊外の話であって、横浜市のような大都市にはあてはまらないし、横浜市は転入数超過で人口が増えているのであるから住宅は余らないと答弁している。

(4) 文化財保護の措置

平成 24 年に横浜市都市整備局長が東急建設に対し行った助言の 2 (6) では、周知の埋蔵文化財包蔵地、貝化石の堆積露頭及び横堰（江戸期）の保護措置について検討・協議・対応がなされなければならないとされていた。

しかし、市素案が縦覧に付され、市による住民説明会が行われた現段階に至っても、市の答弁に

よれば、これらの文化財についてどのような保護措置が取られるかはいまだ定まっていないとのことである。

4 開発阻止のための方策

(1) 都市計画提案制度の問題点

都市計画提案制度とは、平成 14 年に新設された、土地の所有者やまちづくり NPO 等あるいは民間事業者等が、一定規模以上の一団の土地について、土地所有者の 3 分の 2 以上の同意等一定の条件を満たした場合に、都市計画の決定や変更の提案をすることができる制度である。提案を受けた地方自治体は、遅滞なく都市計画提案評価委員会において、計画提案を踏まえた都市計画の決定又は変更をする必要があるかどうかを判断し、決定又は変更の必要があると認めるときは案を作成しなければならない。この制度は、行政主導でない、民意を反映したまちづくりを目的として新設されたはずであるが、実際には大企業によって都合のいいように用途・容積率などの緩和を実現する手段として利用されているとの批判がある。

本制度の第 1 の問題点は、行政庁の自由な裁量に委ねられている部分が多くて提案者以外の民意の反映について十分に配慮されていないことである。現状の運用では行政庁がひとたび変更の必要性を認めた場合には提案の実現を止める方法がないのが実態であるのに対して、第一関門である都市計画提案評価委員会における都市計画決定・変更の必要性判断は開発許可などと異なって行政の自由裁量である。これでは最も重要な都市計画に関するマスタープラン（例えば横浜市みどりアップ計画）に沿った判断すら担保する保証がない。必要性判断については基準が明記されていないのであるから、横浜市としては一定程度の判断基準を新設すべきである。

第 2 の問題点は、構成委員が横浜市では局長と部長のみで構成されていることである。これでは最も利害関係のある周辺住民あるいは自然環境団体などが関与する余地はなく、民意を反映できない。また、評価委員会の委員構成も基準が明記されていないのであるから、横浜市都市計画提案手続要領に基づく評価委員会要領の変更を視野に入れるべきである。

第3の問題点は、行政がひとたび提案に沿った都市計画決定や都市計画の変更が必要だと判断すれば、あとは都市計画決定・変更を止める方法がほとんどない仕組みになっていることである。すなわち、土地所有者等から都市計画提案（都計法21条の2第1項）がなされると、行政は必要性の有無を判断し、必要性があると判断すれば素案を策定しなければならない（同法21条の3）。策定された素案は縦覧に供され（同法17条1項）、意見書を受付け（同条2項）、公聴会の開催、都市計画案の作成、縦覧と意見公募、都市計画審議会の審議を経て都市計画決定・変更が告示される。この過程で、公聴会は、十分な時間を確保していないこと、行政の説明に終始していることなどから、市民の意思を反映する実効性がない。また、都市計画審議会は、横浜市の場合、委員26名のところ、公募委員はわずか2名である（平成28年12月現在）。その他、議員が10名、行政の選任による学識経験者が12名などと、その実態は民意を反映するにはほど遠いものである。従って、改善策としては、公聴会については十分な時間を確保して市民と十分な意見交換をできるようにすべきであり、都市計画審議会の委員構成については、学識経験者の選任をより透明な方法に改め、かつ、公募の市民委員の増員を図るべきである。

(2) 開発阻止のための方策の検討

では、本件開発を争う法制度としては、どのようなものがあるか。

① 開発許可（都計法33条1項）の取消訴訟

都市計画法上の開発許可（都計法33条1項）には、許可要件が定められており、その一つに「地盤沈下、崖崩れ、出水その他の災害を防止するため・・・設計が定められていること」との要件がある（同項7号）。そして、開発対象区域が宅地造成等規制法の宅地造成工事規制区域にある本件では、同法9条の規制（擁壁や排水施設等政令で定めるものについて全て構造計算上安全で、かつ有資格者の設計によること（宅地造成等規制法9条1・2項））に適合していなければならない（都計法33条1項7号表）。

不備があれば、許可の取消を主張し得る。

② 開発許可（森林法10条の2第1項）の取消

訴訟

本件開発計画区域に所在する森林は、神奈川県地域森林計画（森林法5条1項）の対象となっている民有林である。それゆえ、東急建設が開発行為を行うには、神奈川県知事の許可を要する（同法10条の2第1項）。

森林法では、不許可要件が限定列举形式で規定されており（同条第2項）、「当該開発行為により当該森林の周辺の地域において土砂の流出又は崩壊その他の災害を発生させるおそれがあること」というものがあるため（同項1号）、本件開発行為による同号所定のおそれがあれば、開発許可の取消を主張しうる。

(3) 本件での都市計画提案制度の運用に対する評価

都市計画提案制度自体の問題点については上述したとおりであるが、本件において本制度の運用についての功罪を検討する。まず、概括的にみると次のとおりである。

① 評価できる点

ア 市が事業者からの都市計画提案（第1次）について「必要なし」と判断したこと。この結果、事業者は二次提案として開発面積を大幅に縮小し、緑地保全面積を大幅に拡大せざるを得なかったこと。

イ 事業者による第二次提案に対して市民の反対意見を考慮してか市は開発面積を更に3ha減少させた素案を策定したこと。

② 批判すべき点

ア 制度論になってしまうが、上述したように都市計画法の計画提案制度の制度上、一度計画提案の必要性が認められると、その先は計画決定・変更をしないという結論にはならない仕組みになっていること。

イ 手続上、住民意見を反映することが担保されていないこと。住民意見でどんなに反対が多少とも、反対意見にいかなる合理性があろうとも、寄せられた意見をどのように扱うかは行政に委ねられている。

ウ 説明会における市の回答には、住民の質問に正面から答えないものや、地権者だけが住民と勘違いしているようなものもあったこ

と。

エ 本件計画対象地には、本来開発が予定されていない市街化調整区域が含まれており、計画提案と市素案は、市街化調整区域を市街化区域に変更することを内容としていること。

③ まとめ

本件計画の経緯において、横浜市は、開発と保全、地元住民と事業者の利益、地権者との古い約束と最低限の合理性の担保、そして市の利益など、様々なバランスをとろうとした形跡は一応伺える。

しかし、今回の提案には市街化調整区域を市街化区域に変更して開発するという内容まで含まれていることは極めて不当である。横浜市のように全市的に開発が進行している都市において、残された林地や緑地は斜面地を含めて非常に貴重であり、原則的に市街化調整区域として開発から隔離して保全しなければならない。そのような扱いこそ「みどりアップ計画」や栄区のマスタープランに合致する。従って、線引きを変更して市街化調整区域を市街化区域に編入するには、かかる原則をあえて曲げるほどの優越的理由・利益がなければならない。

具体的には現状の線引きに合理性がないこと、及び線引きを変更して開発することの必要性・合理性を住民に説明し、納得を得るところまで最低限求められていると考える。ちなみに平成 28 年 11 月 8 日の住民説明会に参加してみたところでは、そのような説明が果たされているとは到底思えなかった。

第 2 北川湿地の事例（三浦市初声町）

1 北川湿地の概要

北川湿地は、三浦半島の先端に近い三浦市初声町三戸地区にあった標高差数十メートルの谷戸底部の湿地である。その広さは斜面林と併せて約 25ha、神奈川県では最大規模の平地性湿地であり、北川と称される湧水による小川が流れ、かつて、水田として利用されていたものの、数十年前に耕作放棄され、それでも、乾燥化することなく谷底全体が水を含んだ良好な湿地が維持されていた。

北川湿地は、県内では 2 ヶ所しかないメダカ（県・絶滅危惧ⅠA類）の自生地であるとともに、シマゲンゴロウ（県・絶滅危惧ⅠB類）、チャイロカワモズク（国・準絶滅危惧種）、ニホンアカガエル（県・準絶滅危惧Ⅱ類）、ヘイケボタル（県・準絶滅危惧種）、サラサヤンマ（県・絶滅危惧ⅠB類）、キンラン（国・絶滅危惧Ⅱ類）、イタチ（県・準絶滅危惧種）など、首都圏ではほとんど姿を消してしまった数多くの生き物の生息地であった。

北川湿地は、地元の人々にさえ、その存在をあまり知られず、少数の研究者やメダカ愛好家だけがその存在を知っていた。標高差のある急峻な崖に囲まれて、外部から谷戸の底部は見えにくい。うえ、湿地への進入は容易でなく、研究者らも貴重な生物の乱獲や生態系の攪乱をおそれて北川湿地の存在を積極的には世に知らしめて来なかった。「北川湿地」という名称も、埋立問題が表面化した平成 18 年 10 月以降、湿地の保全を訴える人々からそのような称されるようになったものであり、それまでは名前すら無き湿地であった。

2 開発事業の概要

北川湿地の地権者かつ事業者である京浜急行（以下「事業者」という。）は、北川湿地を発生土処分場として埋め立てる計画を立てた。事業者によれば、事業対象地は、昭和 40 年代から土地利用のあり方について検討されてきた「三浦市三戸・小網代地区」（約 160ha）内に存し、その事業は、平成 7 年に事業者・三浦市・神奈川県の三者で調整した 5 つの土地利用計画に沿って行われるものであって、市街化区域である三戸地区宅地開発区域における土地区画整理事業の早期完成のための基盤整備事業としての位置付けとされた。

事業の実施のため、土砂条例による埋立行為の許可が必要となり、許可の前提となる県条例に基づくアセスメントが平成 18 年 10 月に開始された。この手続きがきっかけとなって埋立計画が表面化した。

3 反対運動と地元の反応

平成 18 年 10 月からはじまったアセスメントは、平成 20 年 5 月、事業者から予測評価書案が提出され、これに対し、湿地消失による生態系への影

響を懸念する研究者などから 50 通もの意見書が提出された。それでもアセス手続が進んでいく中で、危機感を募らせた研究者らは、平成 20 年 11 月、北川湿地の生き物を研究していた大学生らとともに三浦・三戸自然環境保全連絡会（以下「連絡会」という。）を結成し、これにより組織的な反対運動が展開されるに至った。

しかし、こうした反対運動に賛同する地元住民や農家は極めて少数で、むしろ、反対運動に対する地元の反応は冷ややかであった。すなわち、北川湿地は、もともとそのほとんどを多数の地元農家が所有しており、これを事業者が上記事業の一環という建前のもと買い上げてきた。それゆえ、そうした多くの地元農家は、事業者による事業推進を望んでおり、また、農家以外の地元住民も将来の宅地化による地域の活性化を歓迎し、三浦市長や市会議員の圧倒的多数もこれを支持していた。また、地元には、事業者の従業員やその関係者が多く居住し、事業者の事業に正面から異を唱えることにはかなりの抵抗があった。

4 弁護団の結成と反対運動の経過

(1) 基本方針

平成 21 年 2 月、連絡会の依頼により弁護団（団長・故岩橋宣隆弁護士）が結成されたが、埋立事業を法的に阻止することは当事者適格の問題も含めて困難であることや、地元住民や農家の理解を得られていない現状においては反対運動そのものに対する社会的賛同も得られないという実情を踏まえ、次のような基本方針が定められた。すなわち、①北川湿地の貴重性を世に広く知らせ、北川湿地保全の賛同者を 1 人でも増やすこと、②埋立反対に終始するだけでなく、事業者や地元にも受け入れられるような、北川湿地の生物多様性に配慮した持続可能な湿地の活用方法（いわゆるワイズユース）を提案すること、③事業者との全面対決といった手法はできる限り避け、対話により事業者の自主的事業転換を目指すこと、というものであった。

(2) 民事調停の申立

上記の基本方針のもと、弁護団は、事業者、三浦市、神奈川県、国を相手方として、大学生を申立人の中心に据えた民事調停の申立を提案し、平

成 21 年 3 月初旬、横浜簡易裁判所へ民事調停を申し立てた。これは、「大学生らが申し立てた民事調停」としてマスコミに大きく取り上げられ、事件を広く世に知らしめるきっかけとなった。

調停は、国も含む相手方らすべてが出頭し、同年 4 月 23 日、6 月 11 日、7 月 23 日の 3 期日が開かれたが、結局、事業変更の余地はないとする事業者の主張により、不調となって終了した。

この間、連絡会は、水面下で、事業者の幹部や県知事や環境大臣など有力政治家への接触を試みるとともに、北川湿地エコパーク構想のランドデザイン（エコツーリズムを含む事業計画）を作成し、また、地元でシンポジウムを開催するなどの活動を行い、急速に反対運動の賛同者を増やし、1 万人を超える事業見直しを求める署名を事業者に提出した。

(3) 三浦市及び県に対する申立

上記調停係属中にアセス手続が終了し、平成 21 年 7 月 8 日付で神奈川県土砂条例（以下「土砂条例」という。）による埋立行為の許可処分が出されたので、弁護団は、県に対し、許可処分についての審査請求（同執行停止）を申し立てた（同年 10 月却下）。

また、北川湿地内には、細い三浦市道が通っており、これにつき、事業者からも連絡会からも、三浦市に対して、道路自費施工承認申請（事業者は埋立工事中の付替道路設置の、連絡会は観察用の木道設置の自費施工を申し立てた）が出され、三浦市は、事業者の申請を承認し、連絡会の申請を不承認とする処分をしたため、弁護団は処分それぞれにつき異議申立をし（同年 9 月、前者につき却下及び後者につき棄却）、この結論に対しては、県に対し、審査請求をした（平成 22 年 3 月、却下及び棄却）。

(4) 県の公害審査会に対する公害調停の申立

北川湿地の埋立工事が現実化したことによって、連絡会を通じて、工事現場の周辺に居住する住民 5 家族 10 名により、弁護団に対し、公害調停申立の依頼があった。そこで、弁護団は、事業者を相手方として、平成 21 年 11 月、県の公害審査会に公害調停を申し立てた。しかし、平成 22 年 1 月 25 日に第 1 回調停期日が開かれたものの、

話し合いの余地はまったくないとする事業者の頑なな姿勢は変わらず、同日不調となった。

(5) 差止訴訟

以上の経過により、平成 22 年 2 月、連絡会と工事現場周辺に居住する住民らは、最終手段として、事業者に対する事業差止の訴訟提起を決断し、弁護団は同年 3 月、横浜地方裁判所へ事業の差止請求訴訟を提起した。原告は、北川湿地（自然の権利）、連絡会（自然保護団体）、住民（自然人）である。

原告らの主張を要約すると、「事業者が進める発生土処分場事業は、将来の宅地化に向けての土地区画整理事業の基盤整備事業と位置づけられているが、実際にはそのような見通しはなく、単なる営利目的だけの展望なき残土処分場事業に過ぎないのであって、原告らの自然の権利、人格権、環境権、自然享有権、研究の権利などを侵害し、地域の生物多様性を著しく毀損する権利濫用的事業であるから、その差止を求める。」というものである。主張の特徴としては、生物多様性基本法を手がかりにして、地域の生物多様性の破壊を人格権の侵害と関連づけたことなどが上げられよう。

平成 22 年 12 月の弁論終結まで 7 回の期日（現地での進行協議期日と 4 時間半に及ぶ証拠調べ期日を含む）が開かれ、平成 23 年 3 月 31 日に判決が言い渡された。判決は、宅地化の見通しや県内の発生土処分場建設の必要性に疑問を呈して、本件事業の公共性についてはそれほど高いものではないとし、事業者が取った北川湿地埋立の代償措置（ビオトープ）についてもその不備を指摘し、生物多様性の保全という面では甚だ遺憾であるというほかないとしながらも、結論としては、「原告らの主張する権利は差止請求権の根拠と認めることはできない」、「本件事業は土地所有権の濫用に当たるとまではいい難い」、「本件事業によって原告住民らの健康に被害を及ぼすような事象が発生する蓋然性は認められない」との理由で、原告らの訴えを棄却した（原告北川湿地については却下）。

これに対し、原告らは、控訴の提起を断念したが、その理由は、埋立工事の進捗により既に守る

べき湿地が喪失したことと、住民の生活被害もいまだ明確な形では顕在化していないことであった。

5 まとめ

冒頭述べたとおり、北川湿地は、首都圏ではほとんど姿を消してしまった数多くの生き物の生息地であり、まさに、「生き物のゆりかご」というべき貴重な湿地であった。かかる北川湿地の生態系の貴重さは、アセス手続においても、差止訴訟の中でも、ほぼ争いのないところであった。にもかかわらず、事業を食い止めることはできなかった。

自然保護に関する我が国の法制としては、自然公園法、自然環境保全法などが存するが、これらは、身近な自然を対象とするものではない。野生生物を対象とする種の保存法や鳥獣保護法も、限られた生物がその保全・保護の対象であって生態系を広く対象とするものではない。

平成 20 年に生物多様性基本法が制定されたが、これはあくまで基本法であって、これを実現するための個別法はいまだもって不備であるというのが現実である。前記差止訴訟では、生物多様性基本法の理念を人格権と結び付け、裁判規範としての法的根拠とすることを試みたが、裁判所に採用されるに至らなかった（判例時報 2115 号第 70 頁）。

北川湿地の事件は、急速に消滅しつつある身近な自然・生態系を保全することの困難さを、我々に改めて認識させた。我が国では、「生き物のゆりかご」というべき貴重な湿地すらも、湿地保全法などの法制度がないゆえに保全することができない。生物多様性保全の見地からは、私的所有権を制約する法理・法制の構築が急務である。

なお、事業者は、平成 28 年 3 月 16 日、三浦市三戸・小網代地区の土地区画整理事業などによる大規模宅地開発事業の凍結を決定したと発表した。理由は、三浦半島の人口減少や地価の下落であるという。

こうした露骨な方針変更を目の当たりにすると、「市街化区域」とされていた本件地区について、生物多様性の保全という見地を新たな事情が発生した場合と考え、都市計画において「逆線引

き」をし、改めて「市街化調整区域」に見直す運用があっても良かったのではないかと思える。線引き見直し手続において、市街化調整区域から市街化区域への編入という一方通行ではない、逆の運用の可能性が考慮されるべきであった。もっともその場合、地権者の利益を損なわないよう、行政による土地の買取りや固定資産税の減免などの負担軽減措置を検討する必要があったであろう。

第3 八国見山（やくにみやま）の事例（秦野市 渋沢）

1 八国見山の概要

小田急線秦野駅から徒歩15分、丹沢山系の南側に広がる渋沢丘陵の脇に八国見山がある。八国見山は貴重な動植物の宝庫である。

八国見山は、日本昆虫学会が日本の国蝶に選定している「オオムラサキ」の生息する神奈川県で唯一の地域であった。オオムラサキが繁殖するためには、幼虫の食糧となるエノキの葉が必要であり、また適度な湿気も必要であるが、八国見山はこれらの条件を満たしており、オオムラサキが繁殖可能となっていた。

他にもオオタカ、ノスリのタカ類等年間90種類を超える野鳥が見られ、また、当該地区固有のオトメアオイの変種も生息している。

2 開発事業の概要

この八国見山に、事業区域面積が19.8haにも及ぶ霊園開発計画が平成22年に立ち上がった。

計画では、電波塔のある八国見山頂上近くの標高約300m付近から切り土し、源流部を埋め立て、敷地を造成することとなっている。樹木型、花木型、庭園型などの霊園（墳墓1万4905区画）を設け、緑地面積約41パーセントとする。霊園本体のほか、霊園と既存の道路との取付道路も設置される。

3 開発事業の問題点

自然環境への侵害内容としては、オオムラサキへの悪影響が顕著である。

オオムラサキの幼虫はエノキの葉を食べて成長するので、オオムラサキの繁殖にはエノキが必要となる。また、適度な湿気も繁殖に必要である。

渋沢丘陵において平成25年に行われた調査によると、自生するエノキは165本で、うちオオムラサキの幼虫が越冬していた木はわずか5本であった。

開発計画は一見、オオムラサキに配慮したもので、道路がとおる位置に生えていたエノキは開発に支障のない場所に植え替えられた。しかし、植え替えられた後の環境がオオムラサキの繁殖に必要な条件を満たす保証はない。また、植え替えの必要はないが、すぐ側を取付道路が通るエノキもある。森林が伐採され道路が通ることで乾燥した空気が森に流れ込むこととなり、オオムラサキの繁殖は難しくなるという専門家の意見がある。

霊園の計画面積が広いというえ、造成に伴う大量の樹木の伐採で乾燥化が進み、動植物の生息・生育環境の悪化は避けられない。

なお、平成27年12月の調査で、それまで幼虫の越冬が観測されていなかったエノキの木で越冬が観測されたことが報じられているが、新たな場所での繁殖が継続的に可能なのかは疑問であり、今後が注目される。

4 開発阻止のための方策の検討

規制手段として考えられる法律関係としては、環境影響評価法、環境影響評価条例、自然公園法、神奈川県立自然公園条例、都市計画法、森林法（林地開発許可制度）、神奈川県土地利用調整条例が挙げられる。

(1) 環境影響評価法及び神奈川県環境影響評価条例

環境影響評価法は墓地開発を対象事業としていない（同法2条2項）が、神奈川県環境影響評価条例は墓地開発を対象事業としている（同条例別表）。しかし、同条例では20ha以上の墓地造成を対象事業として定めている（同条例施行規則別表1）が、八国見山で計画された霊園開発は前述のとおり19.8haであり、わずかに0.2haに届かない。

(2) 自然公園法及び神奈川県立自然公園条例

自然公園法及び神奈川県立自然公園条例に関しては、自然公園に指定されている区域では一定の規制がかかるが、神奈川県内には国立公園が1つ（富士箱根伊豆国立公園）、国定公園が1つ（丹

沢大山国定公園)、県立自然公園が4つ(県立丹沢大山自然公園、県立真鶴半島自然公園、県立奥湯河原自然公園、県立陣馬相模湖自然公園)あるのみであり、八国見山は自然公園には該当しない。

(3) 都市計画法

都市計画法の関係では、開発許可制度(同法29条)があり、開発に際して区域区分に応じて設定された許可基準に基づき県知事の許可を受けることが必要になる。

対象地区は都市計画区域のうち市街化調整区域に該当し、墓地は第2種特定工作物(同法2条)であるので、10,000㎡以上の開発行為であれば開発許可が必要になる。開発許可の基準は同法33条と34条に規定されているが、いずれも生物多様性に配慮するものではなく、今回の霊園開発を止められるものではなかった。

(4) 神奈川県土地利用調整条例

神奈川県土地利用調整条例は、その名のとおり、神奈川県内の土地利用を調整する条例である。対象となる開発行為に関して知事が審査を行い、開発行為の適否等に関して意見等を記した審査結果通知書を事業者に交付し、事業者に審査結果通知書に記載された事項の遵守を求めるという制度である。知事による審査は公表されている審査指針に基づいて行われることとなっている。審査指針は、多様な生態系や良好な自然環境の存する場所は、極力開発区域に含まれないよう配慮するとともに、これらを含む場合には、開発区域内で極力保全することを求める(同条例審査指針第2章第6項(1))。

事業者はこの指針を意識して上述のエノキの植替えを行ったと思われる。しかし、植替えの実態は上述したように不満足なものであって、同条例の効果は限定的であった。

(5) 森林法

森林法では林地開発許可制度が設けられている。林地開発許可制度とは、同法5条に基づき、都道府県知事が対象として定める民有林に関して開発行為を行う際に知事の許可が必要になるという制度である。この霊園開発においては、この制度が実効的な規制として働くことも考えられた。

しかし、許可基準を定める同法10条の2第2項は、同項に定める事項がなければ知事は許可を出さなくてはならないとしており、ここには生物多様性に関する定めはない。

これに関し、林地開発許可に関する諮問機関である森林審議会は、答申に「貴重な動植物の生息地への影響を最小限にとどめるよう配慮する」「開発後は貴重な動植物の生育環境を保全するなど、生物多様性の復元に最大限配慮する」ことを求める付帯事項2項目を付した。しかし、答申を受けて出された県知事の開発許可は、付帯事項に触れることはなかった。

確かに森林法1条(目的)は「森林の保続培養と森林生産力の増進とを図り、もつて国土の保全と国民経済の発展とに資することを目的とする」として、そこには生物多様性についての明記はない。しかし、同法10条の2第2項3号は「森林の現に有する環境の保全の機能からみて、当該開発行為により当該森林の周辺の地域における環境を著しく悪化させるおそれがあること」を不許可事由としているのであり、生物多様性基本法も施行され、生態系の価値の認識が高まっている今日においては、この規定における「環境」とは、生物多様性の要素を当然に含むものと解釈すべきである。従って県知事は、本条項を根拠として、生物多様性確保の見地からより厳しい対応をすべきであったといえよう。

第4 ポーラ美術館(箱根町仙石原小塚山)の事例

1 小塚山の自然

ポーラ美術館が建設された箱根町仙石原小塚山南斜面は、富士箱根伊豆国立公園内の第2種特別地域内にあり、特別保護地区や第1種特別地域に隣接する自然度が極めて高い地域で、極相林としてのヤマボウシ・ブナ群集であると分類されていた。

後述する県環境影響審査会が出した環境影響予測評価書案の審査結果についての答申(平成10年3月26日付)も、「実施区域には低海拔分布型のヤマボウシ・ブナ群集がまとまって生育し、ブナ、ヒメジャラ、ヤマボウシの混生する極めて自

然性の高い状態が残されている。箱根ではブナ林が面的に広く残されているのはこの地域だけであり、植生学的にも貴重な地域である。」としていた。

また、本件区域の沢沿いに連続して広がるブナ林は生態系の核となっており、オオタカ、ムカシトンボ、ハコネサンショウウオ等の希少動物が生息するほか、箱根の貴重種・固有種である数々の植物が生育する場所となっていた。

2 開発事業の概要と経過

(1) 概要

ポーラ美術館は、ポーラ美術振興財団が運営する美術館であり、平成14年9月神奈川県箱根町に開館した。ポーラ化粧品の創業家が収集した膨大な数の美術品を展示しており、中でもモネやルノワールなどの印象派の作品が有名である。

コンセプトは「箱根の自然と美術の共生」ということで、仙石原の小塚山という自然豊かな環境の中にあり、落ち着いた雰囲気のある建物と質の高い展示作品が人気を呼んでいる。

一見、「自然と美術の共生」が実現されているようである。しかし、そんなに簡単に共生が実現するものだろうか。国立公園内の自然度の高い所をわざわざ大規模に開発し、巨大なコンクリート建造物を造ってしまうことが、美術との共生の名の下に、果たして喜ばれるべきことだろうか。

(2) 事業の進行

平成9年2月、ポーラ美術振興財団により、県条例に基づく環境影響予測評価書案が示された。それにより、ポーラ化粧品所有の小塚山南斜面の山林約57,000㎡(5.7ha)を開発し、地上2階地下3階、延べ床面積約8,200㎡のコンクリート建造物と大規模な駐車場を造って美術館とし、年間60万人の利用者を見込むという計画が明らかになった。

なお、建造物を造るに際しては巨大な穴が掘削され、土壌が搬出されるが、最終的には直径77m、深さ23mの穴が穿たれ、土壌8万㎡が搬出されてコンクリートに置き換わった。

計画は平成3年頃からあったが、国立公園第2種特別地域に指定された地域であり、環境庁(当時)・県・箱根町の三者協議では開発を認めない

方針をとり、県が行政指導をしてきた。

しかし、公共的施設(博物館法に準拠する美術館)として自然公園法の例外にあたりとされ、行政指導では抑えられないということで、開発の手續に載せられることとなってしまったのであった。平成8年7月には、神奈川県土地利用調整委員会が開かれたが、1回の開催のみで建設やむなしと判断されていた。

環境アセスメント手續では、公聴会で多くの住民が反対意見を述べ、アセスの杜撰さに対する意見書を提出し、県審査会答申に基づく県の審査書も厳しい指摘をしたが、ポーラ側は平成10年6月に環境影響予測評価書を提出し、アセス手續は形式的に終了した。

そして同年7月31日、ポーラ側は環境庁に特別地域内の工作物新築許可申請を行い、平成11年10月25日、住民らの強い反対にもかかわらず、環境庁長官による新築許可決定が出された。

(3) 民事調停と工事の完成

平成12年4月に建設工事は着工されたが、箱根の自然保護団体である「箱根を守る会」を中心とする住民らは、同年6月5日、工事中止等を求める民事調停を小田原簡易裁判所に申し立てた。

当初の申立人は、筆頭申立人「ブナ林とそこに生息する生きものたち」ほか12団体と559人。その後、第7次まで申立を行い、最終的には団体は20、個人は3396人になった。横浜弁護士会(当時)から7人の弁護士が代理人に就いた。

調停において申立人らは、本件工事によって箱根小塚山の貴重な生態系が破壊されてしまうことを訴え、工事の中止、それがならぬ場合には可能な限りの縮小を求めた。

しかし、適法な手續を経ているとするポーラ側との間で主張はかみ合わず、期日を重ねる間も工事は着々と完成に近づき、第10回期日(平成14年5月16日)において、調停は不成立となった。

なお、筆頭申立人については、平成13年12月に調停委員会に申立却下とされ、横浜地裁小田原支部への抗告も平成14年4月に却下されていた。

そして、建設工事は完成し、ポーラ美術館は平成14年9月にオープンしたのであった。

3 開発事業の問題点

ポーラ側は、環境影響予測評価書において、駐車場の若干の縮小、保全緑地の割合の微増、伐採・移植するブナの本数の若干の減少、地下のコンクリートを厚くして排水は下流に流すことなどの対策を示したが、根本的な解決策になり得るものではなかった。

本件事業による自然環境への影響としては、以下のようなことが懸念された。

(1) 気温の上昇による植生破壊

空調や車両からの排気熱、照明や多くの人による放出熱等が本件区域の気温を上昇させ、ヤマボウシ・ブナ群集の低海拔分布を破壊する。

(2) 生態系の破壊

排水、土壌の掘削・搬出、騒音、排気ガス、ゴミ等は根本的に森林生態系のバランスを破壊し、希少な動植物の生息・生育場所を奪う。

(3) 地下水の分断

巨大な穴を掘削してコンクリート構造物に置き換えることにより、豊かな地下水系が分断され、乾燥化によるブナ林の枯死を招き、また、土砂災害を誘発するおそれも高くなる。

4 開発阻止のための方策の検討

(1) 自然公園法

① 地域区分

自然公園法において指定された国立公園（又は国定公園）は、大きく分けて特別地域と普通地域から構成され、開発等の土地利用行為について、特別地域では環境大臣（平成12年までは環境庁長官）（国定公園の場合は都道府県知事）の許可が、普通地域では届出が必要とされる。

また特別地域は、特に嚴重に景観の維持を図る必要のある所は特別保護地区とされ、それ以外は、風致の維持の必要性の高さにより第1種から第3種までに区分され、規制基準が異なっている。

たとえば工作物の新築について見ると、特別保護地区、第1種特別地域では基本的に建築は認められないが、第2種と第3種の特別地域内では、一定の地理的条件を満たす場所においては認められる（現行自然公園法20条3項1号・4項、21条3項1号・4項、同自然公園法施行規則11条1項2号）。

本件区域は、第2種特別地域内でありながら、

従前は特別保護区、第1種特別地域に準じるような取扱いがされてきた場所であり、保養所等の開発計画が持ち上がった際も行政指導により撤回させた経緯があった。

しかしながら、本件事業については、平成11年10月25日、環境庁長官の新築許可が下りてしまった。国の言い分は、これまでは行政指導で対処してきたが、第2種特別地域であるので、要件を満たす以上は許可せざるを得ないというものであった。

そういう結果になるのならば、なぜ早くから指定地域区分の格上げを図っておかなかったのか、何とも悔やまれるところである。

② 公益性による例外

行政側（環境庁・神奈川県・箱根町）は、本件開発を制限できないと判断した理由として、特定の人のための保養所と違って、美術館は公益性・公共性が高い施設であり、第2種特別地域が開発を全く抑制することはできない地域である以上、私権の制限には限界があるからだという説明をした。本件美術館は、博物館法2条の登録博物館に該当するので公益性があり、自然公園法上の新築許可の審査指針上の例外事由にあたるというのである。

しかし、公益性という美名の下に、自然保護の判断が緩むということがあっていいものであろうか。当時の審査指針は、「学術研究その他公益上必要であり、かつ当該地域以外の地域においてはその目的を達成することができないと認められるもの」となっていたようであるが、このような自然度の高い場所に、その自然を破壊してまで美術館を作る必然性などは全くなかったのではないか。

公益性という名目の下に無理を通した、悪しき事例になったと思われる。

③ 環境アセスメントとの関係

本件では、ポーラ側により平成10年6月に環境影響予測評価書が提出され、アセスメントは終了し、その翌月に自然公園法上の新築許可申請がなされ、平成11年10月に許可決定が出された。

アセスメントは事業の実施を前提とした事業アセスである。それに対し、自然公園法上の許可は、

優れた自然を保護する観点から基本的に開発を制限するはずのものである。それなのに、県のアセスメントが先行し、事業がほぼ固まってから、自然公園法上の許可手続がまるで追認のように行われたというのは、本末顛倒に思える。形式的には相互に関連しない別個の手続であろうが、アセスメントが先行していれば、事業実施は既定路線となってしまうだろう。

本件ではそもそも、平成8年7月の土地利用調整委員会において「自然公園法上は許可見込み」という報告がされていたとのことであり、そのことからわかるように、ある時期からは開発を認めることが既定路線になっていたと言わざるを得ない。

自然公園法上の許可制度の存在意義が問われるような事案であったと言える。

④ 自然公園法と生物多様性

日本は、生物多様性条約（1992年採択）を平成5年に締結した。同じ年に環境基本法が制定され、平成7年からは生物多様性国家戦略を策定した。

そのような流れの中で、平成14年改正により、自然公園法の中に、国及び地方公共団体の責務として「自然公園における生態系の多様性の確保その他の生物の多様性の確保」が加えられた（3条2項）。

そして、平成20年に生物多様性基本法が制定されるに至り、自然公園法も平成21年の改正により、1条の目的の中に「生物の多様性の確保」が明記された。

なお、生物多様性基本法の附則2条（生物の多様性の保全に係る法律の施行状況の検討）には、「政府は、この法律の目的を達成するため、野生生物の種の保存、森林、里山、農地、湿原、干潟、河川、湖沼等の自然環境の保全及び再生その他の生物の多様性の保全に係る法律の施行の状況について検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする。」とあり、生物多様性の保全を法制度上実効あらしめるようにすることが求められている。

このような法制度の生物多様性に向けての進化状況からすると、今であったら、本件の開発を許可することは許されなかったのではないかと

思われる。現在の自然公園法施行規則も、公益上の必要から例外を認める要件がより厳しくなっている（設置期間が3年を超えず撤去が容易等の要件も満たす必要がある）。

(2) 環境アセスメント

① 事業アセスメント

平成9年2月、ポーラ側から環境影響予測評価書案が提出され、県の環境アセスメント手続が始まったが、これは、既に土地利用調整委員会において、建設はやむなしとの方向性が確認された上でのものでもあり、事業実施を前提とするものであった。

国立公園の特別地域内に、開発を前提とするアセスメントが持ち込まれ、以後、その流れに沿って進められていったというのは、不合理であったのではないかと思われる。

② 内容の杜撰さ

アセスメントにおけるポーラ側の基本調査も十分なものとは言えなかった。そもそも、開発を前提とし、人の住環境への影響の確認といった面も強いアセスメント調査を、自然度が高く、生態系についての専門的調査の蓄積がふさわしい国立公園特別地域内に持ち込むというのは、お門違いとも言えるものであった。本件での基本調査には、当該区域の自然度の歪曲（過小評価）、生物調査の不備・不足、ブナ林生態系についての無理解等、不適切・不十分な部分が多く見られた。

また、評価書案における評価の結論部分は、多くが「動植物の生息・生育環境の消失、種数・個体数の減少は免れないが、改変区域を最小限にすることや必要に応じて適切な対策をとること、貴重種を移植保存することで影響は軽減でき、生態系は良好に保たれる。」といったもので、科学的な判断に基づかず、抽象的に安易に環境への影響を否定するだけのものであった。

③ 実効性のなさ

「箱根を守る会」や住民は、不十分な評価書案に対し、55通の意見書を提出し、公聴会でも36名が意見を陳述した（全員が反対意見）。

箱根町長も県に対し、住民の意見・疑義に十分配慮し、自然環境や生態系に及ぼす影響について慎重に審査するよう要望する意見書を出した。

県環境影響審査会の答申も、ポーラ側の当該地域に対する自然環境上の位置づけに対する認識が不十分であることを指摘し、より広域的な自然環境保全上の配慮、駐車場設置に伴う自然改変の規模の縮小、構造物が地下水に与える影響を考慮した対策等を求めており、答申に基づき県の審査書も厳しい指摘をした。

それに対し、ポーラ側は、若干の改善策を載せた評価書を出したものの、それ以上に何らの再審査がされることもなく、アセス手続は終了した。

つまり、形式上は住民や審査会や自治体が意見を出す手続はあったものの、それをもとに事業者が生態系への影響の回避・低減を真剣に図らねばならないような義務はなく、それを監視する制度もなく、むしろ、手続は踏んだから適法であるとお墨付きを与えただけのようなものとなった。

アセス手続の実効性のなさが露呈してしまったのであった。

5 事後談

平成25年4月、オープンから10年以上が経ったポーラ美術館の周辺追跡調査に参加した。

敷地内の林を遊歩道に沿って歩いたが、下草が刈り取られて林内はほぼ丸裸、ブナやヒメシャラの大木は点在するだけで、豊かな森だった面影はなかった。また、樹齢300年のブナの巨木が枯れて伐られていた。脇の看板には「天寿を全うした」「森の輪廻は続く」などと書いてあったが、本件開発による乾燥化が確実に死期を早めたのであろう。

貴重な植物を移植して保全していると書いてある場所もあったが、木柵で囲んだ直径1mほどの場所に数種が数株あるだけだった。

調停の際、ポーラ側は遊歩道の縮小を検討すると言っており、当初は全長80mでスタートしていたが、この追跡調査の時点で既に415mに延長されており、後には全長670mとなった。

6 おわりに

調停に関わっていた頃の5月の現地調査の際、新緑の中、足元で健気に芽吹くたくさんのブナの実生に出会った。掌に包み込めるようなほんの小さな双葉だった。巨木に至る道のりは果てしなく遠く困難なのだろうが、紛れもなくその第一歩な

のだと、感無量の思いがした。

あのブナの実生のように、一步一步、小さな双葉から始めて、大きな生命のつながりを目指していく、そのようなイメージで、生物多様性の価値が開発の現場をあまねく照らすようになっていくことを、願うばかりである。

第3章 神奈川県の林地・緑地保全制度

第1 総論

神奈川県は、これまで自然環境の保全について積極的に取組を積み重ね、今日では生物多様性の確保と持続可能な利用の見地から基本計画及びそれを基礎とした林地・緑地保全のための諸制度を整備するに至っている。その概略は以下のとおりである。

- 1 昭和55年には、国に先行して一定規模以上の開発について、環境に与える影響を事前に調査、予測、評価する「神奈川県環境影響評価条例」を制定。平成11年に国の環境影響評価法の施行に併せて改正している。
- 2 平成4年6月にリオ・デ・ジャネイロで開催された「地球サミット」において持続可能な開発のための人類の行動計画である「アジェンダ21」が採択されたのを受けて、日本発のローカルアジェンダ21である「アジェンダ21かながわ」を採択するとともに、その推進母体として「かながわ地球環境保全推進会議」を発足させ、地球環境問題への取組をスタート。平成15年により実効性を重視した「新アジェンダ21かながわ」を制定した。
- 3 平成8年3月「神奈川県環境基本条例」を制定し、環境の保全・創造の基本理念と県、市町村、事業者及び県民の責務や、施策の基本方向などを定めた。翌年にはこの基本条例に基づき「神奈川県環境基本計画」を策定し、今日に至っている。
- 4 平成8年3月、「神奈川県土地利用調整条例」を制定して、総合的な土地利用調整を行うことにより県土の計画的な利用を図り、県土の均衡ある発展と県民の福祉の増進に資することを目的として、法令に基づく許認可の前に県知事

と土地利用に関する調整を行うことを義務づけた。

- 5 平成9年10月、「神奈川県公害防止条例」を全面的に見直し、「神奈川県生活環境の保全等に関する条例」を制定して、地域から地球規模の環境問題への対応を明確化した。
- 6 平成18年3月には、「かながわ新みどり計画」、「神奈川県広域緑地計画」と「かながわの森林づくり計画」の3つの計画を総合して全県に及ぶ「神奈川みどり計画」を策定して、多様な生態系の確保、みどりを活かした街づくり、農地の森林の保全などを盛り込んだ。
- 7 平成28年3月、生物多様性基本法13条に基づく生物多様性地域戦略として、「かながわ生物多様性計画」を策定した。

以下では、より具体的で法規範性の強い保全制度である「神奈川県土地利用調整条例」及び「神奈川県環境影響評価条例」を取り上げて検討する。

第2 神奈川県土地利用調整条例

1 条例制定までの経緯

神奈川県では、高度経済成長期以降の急激な人口増加があり、無秩序な開発による自然環境破壊が現実に起こっていたため、計画的な土地利用が必要との機運が高まっていた。そのため、かつては土地利用目的毎に指導基準を設け、行政指導による調整を行っていたが、やがて指導行政・要綱行政に対する批判の高まりから平成5年に行政手続法が公布されるに至り、それに伴って神奈川県でも行政手続条例の検討がはじまり、同条例の制定に併行して神奈川県土地利用調整条例（以下、本項においては単に「条例」という。）が平成8年3月に制定され、同年10月から施行された。

条例化にあたっては、法律との関係が問題点としてクローズアップされた。特に土地開発に関しては、都市計画法の開発許可制度が既に存在し、同制度との関係性が議論された。結果的に、許認可について定めた規制条例ではなく、開発に関して知事との協議手続を事業者に求める制度を定め、都市計画法とは目的が異なるものという形で整理をし、条例化に踏み切ることとなった。

2 条例の内容

(1) 条例の対象

条例による手続が必要となるのは、「開発行為」と「埋立行為」である。

「開発行為」とは、市街化調整区域など、市街化を抑制すべき地域において1ha以上の土地の区画形質の変更を行う行為をいう。なお、非線引き白地地域や都市計画が定められていない区域において、主として建築物の建設を目的で行う開発については、当分の間、3,000㎡以上が対象となる。

ただし、従来の土地利用目的を変更しない開発や、道路や河川の工事など特に公益性が高いと認められる開発など一定のものについては、条例の手続は不要とされている。

「埋立行為」とは、海面における1,000㎡以上の埋立や防波堤などの工作物の設置をいう。

(2) 条例の手続

① 開発計画の協議

事業者は、条例に定められた開発や埋立を行おうとする場合、開発計画書に必要な図書を添付して提出し、あらかじめ知事と協議しなければならない（条例3条）。この協議は、都市計画法などの個別法令の許認可申請手続に先立って行うよう努めなければならない。

なお、条例には明記されていないが、制度の運用上、事業者による開発計画書の提出の前に事前相談が実施されている。事実上は当該事前相談の際に行われる指導によって開発行為等が不適当である旨指摘される場合もあり、重要な機能を果たしているという。

② 関係者への周知

事業者は、開発計画に関係のある地域の住民やその他の関係者に対して、開発計画の内容を周知して、その意見を聴くように努めなければならない（条例4条）。事業者は、周知や意見の聴取の状況について知事に報告しなければならない。知事は、これに対して必要な指導や助言を行う。

③ 開発計画の審査

知事は、上記の協議を行った後遅滞なく、審査の基準などを定めた審査指針（条例6条）に基づき開発計画について審査し、審査結果通知書を事

業者に交付する（条例5条）。同審査指針は公表されており、①認められる目的・用途、②場所の選定、③規模・面積、④施設や土地造成の計画に関する事項などが具体的に定められている。自然環境保全という観点での同審査指針の定めとしては、例えば、

イ 集団的な樹林地、連続性のある斜面緑地、良好な水辺地、貴重な生物種の生存が確認されている地域など、多様な生態系や良好な自然環境の存する場所は、極力開発地域に含まないように配慮するとともに、これらを含む場合には、開発区域内で極力保全すること

ロ 地形の改変及び施設の配置に当たっては、周辺の自然環境に配慮するとともに、緑地の復元・整備に際しては、ビオトープの手法など積極的に環境創造に配慮した計画であること

等や、さらに開発区域毎に一定割合以上の緑地面積を確保することなどが求められている。

知事が審査をするに当たっては、開発区域を管轄する市町村長に開発計画書の写しを送付して意見を求める（条例5条2項）。事業者は、審査結果通知書の交付を受けた日以後でなければ、開発行為等に着手してはならない（条例11条1項）。開発計画書の提出から審査結果通知書の交付までの標準処理期間は5ヶ月とされている（条例施行規則16条）。

また、事業者は、同通知書の交付を受けた後、開発行為等が完了するまでの間に開発計画の内容を変更しようとするときは、あらかじめ知事と協議し、再審査結果通知書の交付を受けなければならない（条例8条）。この際、内容の変更につき関係者への周知もしなければならないが、知事が必要ないと認めるときは不要とされる。

④ 違反者に対する措置

上記の知事との協議を行わず、審査結果通知書の交付を受ける前に開発行為等に着手した場合には、知事から工事等の停止が命じられたり、氏名や違反の事実等が公表されることがあり（条例15条、16条）、更に罰則が科される場合もある（条例21条～23条）。

また、審査結果通知書等に記載された内容と異なる開発行為等を行った事業者についても、氏名

等が公表されることがある（条例16条）。

(3) 条例の限界

条例は、対象を市街化調整区域あるいは非線引き区域とすることで、県内の市街地周辺にまだかろうじて残っている周辺地の林地・緑地保全に資する役割が期待されている。神奈川県は、圧倒的な開発法制の間隙を埋めるべく本制度を導入したのだが、残念ながら以下のような限界を指摘せざるを得ない。

① 手続条例であること

条例は、基本的には事業者に対し開発行為に先立って知事との事前協議を求める手続条例としての側面が強いものの、上述のとおり、県土の利用調整を行うために県としての意向を踏まえた審査指針が定められ、それに従った審査がなされる制度となっている。

しかしながら、審査結果通知書に記載されるのは基本的に適否の結果のみであり、また「不相当」との結論に至った場合でも、基本的には行政指導の範囲であって、手続違反がない限り処罰の対象にはならない。また、条例18条では、事業者が他に法令等の規定により許可等を要することとされている場合において、知事が当該許可等の権限を有するときは、当該許可等を行うに当たり審査結果通知書等の内容について配慮することとされているが、しかし当該許可等の判断をする際の最終的な基準はあくまで当該法令等の基準によらなければならない。それらの意味で、条例による開発行為の歯止めには制度上一定の限界があることは否めない。

② 住民参加手続の不備

上述のとおり、事業者は、周辺住民等に開発計画の内容を周知してその意見を聴くこととされているが、それらは制度上あくまで努力義務に留まっている。具体的に開発計画について、住民等にどの程度情報公開をすべきかについての明確な規定もなく、また、条例の手続に住民等が積極的に参加するための制度的な保証もない。少なくとも、事業者の説明会の開催を義務付け、また、住民意見を知事等に提出するための制度的保証を実現させるべきではないかと考えられる。

第3 神奈川県環境影響評価条例

1 条例の意義

神奈川県では国に先立って昭和55年環境影響評価条例を制定した(条例アセス)。その後、ようやく平成11年に環境影響評価法が制定されたことに伴い、法の対象事業についての手続を定めるなどの改正を行い、同年6月から改正条例が施行されている。

対象事業は、「道路の建設」、「鉄道、軌道の建設」、「工場、事業場の建設」、「ダムの建設」など28の種類で、それぞれに環境アセスメントの手続の対象となる規模が定められている。

2 環境影響評価法との関係

環境影響評価法では、事業者は法の定めに従って環境アセスメント手続を行い、知事は市町村長の意見を勘案して事業者に意見を述べることとされている。

環境影響評価条例では、法対象事業について知事が意見を述べる際の諸手続(審査会の意見聴取や公聴会の開催など)を定めているほか、対象を法対象事業以外に拡大し、規模も法対象事業より小規模事業などにまで拡大している。評価項目も「電波障害」や「文化財」を加えており、また事後調査の手続などについても上乘せしている。

3 手続の概要

環境影響評価条例の手続は大きく3つの段階に分かれている(以下は条例対象事業について)。
①環境アセスメントの方法を決める手続(実施計画書に係る手続)、②環境に与える影響を予測・評価する手続(予測評価書案に係る手続)、③環境への実際の影響を調べる手続(事後調査などの手続)である。

手続の概略としては、事業の実施に先立ち事業者が実施計画書や予測評価書案を作成し、その図書について審査会や住民、関係市町村長の意見を聴きながら、知事が審査を行うこととなっている。

4 基本的な問題点

現行の制度の最大の問題点は、環境配慮に基づく知事意見書によって環境保全(公害対策)の意見が出されるものの、部分的修正の範囲に止まっており、本来のアセス制度の目的とする環境の保全という機能を十分に果たし得ていないところ

にある。

(1) 計画アセスではなく事業アセスであること

最大の原因は計画アセスではなくいわゆる事業アセスであることである。すなわち、アセス審査手続が計画段階ではなく、事業計画が確定した事業実施段階での審査となっていることである。条例は、例えば実施計画書の記載事項として「対象事業の位置又は実施区域、規模、実施方法その他の内容」など定めて確定的事項の記載を要求している(7条1項)。

また、制度設計として計画ゼロや代替案の検討を必要的に義務づけていないため、この段階での計画変更が著しく困難となっている。ちなみに4条は、「(評価項目として)代替案が存在する場合の当該代替案に係る調査、予測、評価を含む」として代替案も視野に入れているが、「代替案が存在する場合」と限定しているため、実際には代替案が検討されることはないに等しい。

わが国の法律及び多くの条例が定めるのは事業実施段階でのアセス手続であるが、国際的には必ずしも一般的な制度ではない。アメリカ、カナダ、EU諸国、韓国や中国では、事業計画段階からのアセス手続がすでに法制化されている。事業内容が固まる前の政策・基本構想や基本計画等の段階でアセス手続を行えば、事業者らは環境影響の抜本的な回避・低減にむけて柔軟な対応を取ることが可能となり、更には総合的な見地からの広汎かつ抜本的な環境保全策をとることも可能となる。併せて計画ゼロや代替案の検討を義務付けることで、環境への影響の程度などを具体的に比較検討でき、より適切な判断をしやすくなる。

しかし、現状では小手先の彌縫策的な修正しか出来ない状況である(なお、近時、法アセスに配慮手続が前置されたが、それによって計画変更などどこまで反映されるのか、その効果については今後の実績を見守る必要がある)。そのために審査の結果は、「環境への影響はわずかである」といった曖昧で無責任な予測評価になりがちである。実際、制度発足から現在まで当会公害・環境問題委員会出身会員が県審査会の委員を継続して担ってきているが、その経験からしても制度の目的を達し得ているとは到底いえず、不十分な制

度と評価せざるを得ない。

(2) 実効性の欠如

本論文第2章第4のポーラ美術館の事例においても、県環境影響審査会の答申に基づき、県の審査書も厳しい指摘をしていたが、事業者は若干の改善策を載せた評価書を出したものの、それ以上に反映されることなく、手続は終了したと指摘されている。

残念ながら、手続上は、住民や審査会や自治体が意見を出す手続はあるものの、それをもとに事業者が事業計画を見直し、根本的改善を図らねばならないような義務はないし、審査会の意見を全部受け入れて審査書を作成する義務も課されていない。その意味でアセス手続に実効性が欠けていると言わざるを得ない。

制度論としては、事業者がアセス手続に違反したり、アセスの結果を無視した場合、事業許認可の取消や差止の事由となるような明文規定の創設が、アセス制度の法的安定性の見地からも望まれる。

(3) アセスの中立性・公平性の制度的担保がない

アセスの主体は事業者である。一般に事業者は民間のアセス業者に委託し、業者は事業者から委託報酬を得て予測・調査などを実施する。そのため現状ではアセス業者が中立かつ公正な見地からアセスを行うことを制度上担保しているとは言い難い。

アセス業者は利益団体であるから営業的観点からどうしても顧客である事業者の方を見てしまう。その結果、事業者に不都合な事実を隠したり、事業者の意向を忖度して当該事業を肯定する判断に流れたりする傾向は否定できない。構造的に中立性・公正性を確保しにくい制度となっている。アセス業者が事業者の関係会社であるとか、関係会社が事業に関係しているとか、資金的に支配下にあるなどの疑いのある場合はなおさらである。

そのため、専門的な知見をもって中立・公正な立場からアセスを監視する第三者機関を設けて、手続の監視をすべきである。もちろん県は、知事の諮問機関として環境影響審査会を設けている。

委員数は20名以内で現在は18名（平成28年12月20日現在）の各専門家からなっている。しかし、審査会の開催回数、審査時間、マンパワーなどの実態からすると、調査、予測、評価まで踏み込んで精査を行うことは期待できない。審査会での審査は、あくまで事業者から提出されたデータを前提としたものに限られてしまう傾向がある。

このように現行の審査会には限界があるのであるから、その改善策としては、審査会委員の人数、構成、選任権限などについてより中立で公正な人選となるような手続的改正が必要であると考えられる。例えば、人数を20人以内とする必要はないし、構成も現状の学識経験者のみでなく、NPOなどの環境団体や住民に広げるべきである。選任についても、現在は知事の選任によっているが、別途選任委員会による中立公正な手続によることなどが考えられる。

5 個別的問題ーリニア新幹線問題

JR東海が計画しているリニア新幹線建設計画は、品川から名古屋まで1都5県を通過するので、各自治体においてアセス手続がなされた（なおこれは、法に基づくアセスである）。

この計画の規模は、単なる火力発電所の建設事業などとは比較にならない膨大なものである。いわば通常の事業の数個あるいは数十個並のボリュームを持った事業である。従って、各評価項目の審査手続も当然に時間を要するものであった。

しかし、膨大な排出土砂の処理について、計画中等と答えて具体的な環境配慮対策を示さない不誠実な事業者の対応など、アセス手続の軽視、形骸化など多くの問題が噴出した。その中でも顕著に目立った障害が、準備書における120日ルールである。法20条は、準備書についての提出期間を政令に委ね、政令は「関係知事は120日以内」に意見を提出しなければならないとしている。

環境影響評価法施行令12条1項「法第20条第1項の政令で定める期間は、百二十日とする。ただし、同項の意見を述べるため実地の調査を行う必要がある場合において、積雪その他の自然現象により長期間にわたり当該実地の調査が著しく困難であるときは、百五十日を超えない範囲内において関係都道府県知事が定める期間とする。」

そもそも 120 日規定が本件のような尋常でないボリュームの事業についてまで想定した規定であるかどうかも問題であるが、制度論の是非を脇におくとしても、本件のように審査手続が拙速となり、制度目的を達せられない事態を少しでも防ぐ観点から、本件のように膨大なボリュームがある案件については、施行令 12 条 1 項ただし書の規定を「例示列举」であると解し、同ただし書を準用して、最大 150 日まで延長することができるかと解する余地はあったのではないかと（あくまで試論ではあるが）。

6 事業の実現をより容易にする方向への改悪の動き

平成 26 年県条例が改正されたが、その内容は良好な環境保全を一層前進させる方向に反し、事業者の利益に偏したものであった。

県は、「これまでのアセス制度と法規制等を両輪とした環境施策の総合的な推進と企業による CSR 活動などにより」「良好な環境の保全に一定の成果がでてきている現状を踏まえ」という背景事情を前提として「今後の環境保全の取り組みの水準を維持しつつ」「事業者の負担軽減等の観点から」という視点からアセス手続の「期間短縮」と「要件緩和」が必要であるとして、①実施計画書の縦覧期間を 45 日から 30 日に短縮し（9 条）予測評価書案の審査手続の一環である意見・見解書の縦覧期間を 30 日から 15 日間に短縮し（18 条 2 項）、また、②市町村長意見の聴取と住民意見募集期間を同時とする運用を実施した。

(1) 県の背景事情に関する認識

そもそもいかなる事実関係を理由に「良好な環境の保全に一定の成果がでてきている現状」と断定できるのであろうか。わが国のアセス制度はいわゆる事業アセスであることや、代替案の検討はまずなされないことなど、計画段階からの検討や代替案の検討を当然とする国際標準からすれば極めて不十分であることは顕著な事実である。

また、法規制については、いわゆる 7 大公害については過不足のない規制基準となっていると認められるが、その他の評価項目（動植物・生態系、景観、文化財など）に関しての規制基準は決して十分とはいえない（とりわけ開発法制は規制

がないに等しい）のが実態である。

CSR 活動については、ようやく始まったというのが実態であり、国際標準からすれば評価するに足る活動はごく僅かである。

このような事実関係を前提とすれば、総体としては「良好な環境の保全」が困難な現状であるというのが実感であり、より客観的な認識と考える。

それゆえ、「今後維持すべき環境保全の水準」は未だ達成されていない状況であって、アセス手続の「期間短縮」「要件緩和」を検討する背景事情は認められない。

(2) 住民意見募集の重要性

アセス制度の根幹は事業者と関係住民・市町村との間の対話であり、アセス制度は端的に言えば、対話のキャッチボールを通じて目的を達成するシステムである。

条例上は、市町村長意見や住民意見は県知事の意見を形成するうえでの考慮事項という形だが、それは、住民や市町村長を交えた継続的審議機関を設けることが現実には困難と思われることから、代償的な措置として意見を表明する機会を用意したものである。すなわち、公告・縦覧の機会は最大限尊重されなければならない。

従って、住民が意見形成をするについては、住民が事業計画を認識し、それを検討するについて十分な余裕が与えられなければならない。

事業者は自らの事業計画については当然に隅から隅まで承知し、予め対応を検討しているのに対して、住民は受け身であり、周知し検討する期間も当然に事業者より短い。もともと事業計画の周知・検討という場面では、事業者と住民の力関係は跛行的なのである。これを是正し、住民の利益を保障する目的で公告・縦覧期間が設定されていると考えるべきであるので、その期間は出来るだけ余裕をみたものであるべきである。とすれば、公告・縦覧期間については延長方向で改正を考えるのは許されるとしても、短縮する方向（住民に不利益な方向）での改正は許されるべきではない。

(3) 市町村長の意見聴取と住民意見募集の時期

改正前は、住民意見期間の 15 日ほどあとに市町村長がその意見を表明する運用がされていた。これは市町村長が意見を表明するについては、関

係住民の意見を当然に斟酌するであろうという実態を考慮してのものであったと考えられる。

ところが改正後は、両者の意見表明を同時期とすることで、市町村長は住民意見を参考としなくてよい、そのような余計なことはすべきでないという理念に立つかのようである（実際、神奈川県事務局長は、「市町村長意見はアセス手続で収集した住民意見について考慮する必要はないと考える」と回答した）。

実態を無視した改正であり、住民意見を著しく軽視する取扱いである。

第4章 総括

第1 開発の危機にさらされる林地・緑地

1 林地・緑地の現代的意義

林地は、かつては木材供給の場としての位置づけが主であったが、近時は、水源をかん養し、土壌の浸食や洪水・土砂崩れを防止する国土保全・災害防止機能、多様な植物や昆虫、小動物等の棲息地としての生物多様性保存機能、温暖化防止など地球環境保全機能、私たちの生活環境を保全し、自然と触れ合うことでリフレッシュするアメニティ機能、さらに地域のコミュニケーションや子どもの自然学習の場としての機能など、さまざまな機能が認識されるに至っている。

緑地は、言葉の使い方によっては広範な意味を有しているが、都市近郊に残された里地里山など、良好な自然環境を残しているところは、やはり、多様な生物の生息・生育環境を提供するとともに、自然資源の供給や良好な景観、文化の伝承等の観点から重要な価値を有している。

2 林地・緑地保全の手法－維持管理の担い手育成と喪失防止

林地・緑地を保全するためには、林業や農業が衰退した現代において、維持管理の担い手をどのように確保するかが重要な課題であり、さまざまな議論がなされている。

しかし、それとは別に、まずは、現存する林地・緑地を開発によりこれ以上喪失させないようにすることが重要であることは、論を待たないであろう。

ここでは、第2章で取り上げた4つの事例を通じて見た、林地・緑地の開発を規制し、その喪失を防止するための法制度につき、まとめておくことにする。

第2 現行の開発規制制度の問題点

1 自然公園法

ポーラ美術館および八国見山の事例で触れたように、自然公園法は、環境大臣が国立公園および国定公園を指定することを定め、公園内を特別地域と普通地域に区分し、一定の人為的行為をする際に、特別地域では環境大臣（国定公園は都道府県知事）の許可が、普通地域では届出が必要とされる。

しかし、そもそも国立公園等に指定されていないければ適用の余地はないし、また、指定された国立公園等の特別地域内であっても、行為制限には多くの例外も定められており、特に、公益性の観点から規制が緩む場合があること等から、開発規制として十分に働かないこともある。

2 森林法の林地開発許可制度

上郷猿田地区および八国見山の事例で触れたように、森林法は、地域森林計画の対象となっている民有林の開発行為をする際に、都道府県知事の許可を必要としている。

しかし、森林法は本来、森林の保続培養と森林生産力の増進とを図る目的の法律であり、不許可事由もその観点に立つこと、特に「環境」の要件においては、概ね緑地率が基準にされるのみで、いまだ生物多様性の観点からの考慮が十分にされないこと、1ha以下の開発行為には適用されないこと等から、開発規制として十分に働くものではないと言わざるを得ない。

3 都市計画法の開発許可制度

上郷猿田地区および八国見山の事例で触れたように、都市計画法は、開発行為（「主として建築物の建築又は特定工作物の用に供する目的で行う土地の区画形質の変更」と定義される）を行う際に、区域区分（市街化調整区域、市街化区域）に応じて設定された許可基準に基づき、都道府県知事（政令指定都市等は市長）の許可を必要としている。

しかし、「開発行為」の定義に該当しなければ適用がないこと、面積要件があること、公共事業には適用されないこと、許可基準が緩やかすぎて開発規制として機能していない、などの厳しい批判がある。

なお、開発許可に関連するものとして、神奈川県土地利用調整条例があるが、その内容および問題点については、第3章第2で詳しく論じたとおりである。

4 環境影響評価法（条例）

北川湿地およびポーラ美術館の事例で触れたように、一定の開発行為については、法律又は条例に基づく環境影響評価の実施が義務付けられる。

環境影響評価とは、事業の実施前に、当該事業が環境に与える影響を調査・予測し、それに対する評価を行うとともに、その評価の過程において市民に意見表明の機会を与え、それらの意見を踏まえて最終的な意思決定に反映させる過程をいう（以下「アセス」という）。

一定の要件に該当する事業者は、アセスが終了し公告を行うまでは事業を実施できず、また、当該事業の許認可権者は、アセスの結果に基づき、当該事業者が環境保全につき適切な配慮をしているか否かを審査し、その結果を踏まえて許認可の判断をするので、十分な内容のアセス手続が適切に運営されるならば、林地・緑地開発の規制にとって有効な手段となり得るものである。

しかし、現行法は、事業アセスの性格を脱しておらず、大規模事業に限定されているうえ、不適切・不十分な調査や方法書・準備書・評価書など法の趣旨に反する行為をチェックするための争訟制度が手当されていないといった課題を抱えており、実際には、林地・緑地を保全する手段として十分に機能しているとは言い難い。

なお、神奈川県環境影響評価条例の内容および問題点については、第3章第3で詳しく論じたとおりである。

第3 林地・緑地の開発阻止のための司法制度

ここで、林地・緑地の開発阻止のための司法制度についても概観しておく。

1 民事上の手段

(1) 民事調停

民事調停法に基づく、民事に関する紛争を当事者間の話し合いにより解決する制度である。後述の訴訟と比べ、差止の法的根拠や申立の適格等が緩やかに解されているため、申立が容易で、柔軟な進行や解決方法が可能であるが、合意が成立しなければ不調で終了する。

ポーラ美術館および北川湿地の事例において、民事調停を利用した。

(2) 公害調停

公害紛争処理法に基づく県レベルでの調停制度。民事調停と比べると、事案により専門的・技術的知見を有する学識経験者が調停委員に選任される、県公害審査会が必要に応じ自ら証拠収集・調査を行うなどの特徴がある（なお、国レベルでは公害等調整委員会における調停・裁定制度がある）。

北川湿地の事例において、公害調停を利用した。

(3) 差止訴訟

民事訴訟としての差止請求。明文規定はないが、理論上、人格権や環境権に基づく差止請求が認められる。一般の民事訴訟、請求の具体的な法的根拠、原告適格や訴えの利益等の訴訟条件を充足することが求められる。

北川湿地の事例において、差止訴訟を提起した。

2 行政処分に対する手段

(1) 行政不服申立

行政不服審査法に基づく制度で、行政庁の違法又は不当な処分に対する不服申立て。処分庁に対してする異議申立と、処分庁の上級行政庁に対してする審査請求とがある。

申立の際にはやはり当事者適格が要求され、処分の名宛人以外の者が不服を申し立てることについてはハードルが高い。また、行政庁自身による見直しであり、なかなか当初の処分が覆ることはない。

北川湿地の事例において、異議申立及び審査請求のいずれも利用した。

(2) 行政訴訟

行政事件訴訟法に基づく訴訟。行政庁が開発行為の許可処分を行った場合に、その処分の取消を

求める取消訴訟、あるいは許可処分がなされようとしている場合に、その処分をしてはならない旨の命令を求める差止訴訟などが考えられる。

当事者適格、(狭義の) 訴えの利益等が民事訴訟以上に厳格に求められ、出訴期間も定められている。

第4 新たな法制度の提言

1 開発許可制度の強化と統一的視点による一元化

既に見たように、林地・緑地の開発には、森林法の林地開発許可と都市計画法の開発許可の双方が必要とされる場合があるが、それで開発規制が厳しくなるかと言えば、必ずしもそうではない。いずれの開発許可制度も適用除外が広く認められているため、規制としては単体としても不十分であるから、複数になったとしても不十分であることに変わりはない。かえって、それぞれの法の目的や基準が異なるため、規制の仕組をいたずらに複雑にし、一般市民に分かりにくいものになっている面がある。

更に、いずれの許可制度の判断基準においても、林地・緑地の重要な機能である生物多様性の保全が十分配慮されているとは言い難い。

これらの点を是正するため、極力適用除外を認めない、生物多様性の重要性に配慮した一元的な林地開発規制の制度を創出することが必要である。

2 計画段階からの環境影響評価の必要性

第3章第3、4でも触れたが、現在の環境アセスメントは、事業計画段階ではなく、事業計画が確定し、実施段階での審査となっている(いわゆる事業アセス)。そのため、事業の実施を前提としたものにならざるを得ず、事業の大幅な変更は事実上不可能である。

大きな問題を抱えた事業の代替案を検討し、場合によっては事業の撤退も可能するためには、計画段階でのアセス(いわゆる計画アセス)が是非とも必要である。

3 市民・地域住民の意見の尊重

現在の開発規制の制度は、市民・地域住民の意見を積極的に反映する仕組になっていない。林地・緑地が地域においてどのように位置付けられ、どのような役割を担っているのかにつき、当該地域

住民のみならず、広く市民の意見を聴取し、開発の可否の判断に反映させる制度を創出すべきである。

4 おわりに

環境基本法は、環境保全に関する基本理念を定め(同法3条から5条)、国に、それに則って、環境保全に関する基本的かつ総合的な施策を策定・実施する責務を課し(同法6条)、地方自治体には国の施策に準じた施策や自治体の区域の自然的社会的条件に応じた施策を策定・実施する責務を課している(同法7条)。

また、生物多様性基本法は、生物多様性保全に関する基本原則を定め(同法3条)、国に、それに則り、生物の多様性の保全及び持続可能な利用に関する基本的かつ総合的な施策を策定・実施する責務を課し(同法4条)、地方自治体には、基本原則に則り、生物の多様性の保全及び持続可能な利用に関し、国の施策に準じた施策や自治体の区域の自然的社会的条件に応じた施策を策定・実施する責務を課している(同法5条)。

社会が成熟し、経済の低成長、人口減少が続く21世紀の日本の社会においては、かつての経済優先のためには林地・緑地が少なくなってもやむを得ないという発想は通用しなくなっている。本章の冒頭で指摘した林地・緑地の現代的意義を踏まえ、生物としての人間が居住する環境には林地・緑地の存在が不可欠であることを前提にした国土計画・都市計画の策定が必要であり、それに合致した林地・緑地開発規制の在り方が検討されるべきである。

殊に、神奈川県など首都圏においては、開発が進み、最後に残された貴重な林地・緑地と生態系もが消滅の危機にさらされているのが実情であり、その保全は喫緊の課題とすべきである。

平成12年の地方分権一括法施行により、地方自治体の環境行政は、これまで以上に重要性を増している。国の施策もさることながら、地方自治体には、環境基本法や生物多様性基本法が定める基本理念や基本原則に則った責務を果たすべく、危機的状況にある地域の貴重な林地・緑地と生態系に最大限配慮した法令の運用や条例の制定・改正などの施策が期待される。

交通事故損害賠償における介護保険給付をめぐる諸問題について ～将来介護費用の公平な分担を中心に～

(Problems concerning long-term care insurance benefits in compensation for traffic accident reparations ～Fair share of future long-term care costs～)

常磐 重雄¹

- 第1 問題の所在
- 第2 介護保険法 21条について
- 第3 介護保険給付と過失相殺の順序
- 第4 症状固定前の介護費用について
- 第5 将来の介護費用について自己負担分を前提とする訴訟上の請求をした場合の問題点
- 第6 被害者が自己負担金額を前提とする将来介護費用で示談をした場合の問題点

第1 問題の所在

65歳以上の高齢者が交通事故で傷害を負い、重度の後遺障害が残存してしまったため、介護が必要となるケースは非常に多い。

介護保険制度が始まる前は、同居の家族などの近親者が重い介護の負担を余儀なくされていた。しかし、その場合、賠償額を金額に見積もることが難しく、損害の控えめな認定の観点から、賠償額は低額に抑えられる傾向にあった。

しかし、平成12年4月1日、介護保険制度が始まったのを契機に、それまで近親者が負担してきた介護について、介護保険制度を利用して、職業的介護に委ねることが可能となった。それによって、損害賠償額も介護保険制度を利用した場合の介護費用が標準額となり、それまでの近親者介護に比して、賠償額が高額化したことから、訴訟でも将来介護費用を巡って熾烈な攻防が繰り返られるようになった²。

この点を巡る論点は多岐にわたるが、加害者側が、介護保険制度を利用した場合、被害者の自己負担は基本的に1割で済むことを理由に、将来介護費用の賠償額としては被害者の自己負担額である1割を前提とする賠償しかしないと主張することが多かった。

しかし、この点については、介護保険認定は6

か月ごとに認定されるものであること、将来にわたって1割負担の制度が維持されることが現実とは言えないこと（実際に平成27年8月からは一定以上所得者は2割負担となっており、制度変更がなされた）等を理由に、介護保険利用を前提としない10割での請求を認めるのが現在の裁判実務である。

本論文は、かかる実務を前提としたうえで、次の問題として、10割請求をしたケースで、過失相殺が問題となる場合について、過失相殺後の損害額から介護保険給付額を控除するのか（相殺後控除説）、それとも過失相殺前に控除するのか（相殺前控除説）について、まず、検討する。

この点は、相殺前控除説の下級審判例が出ているところではあるが、改めてその是非について検討する。

次に、いまだ介護保険給付が完了していない将来の介護費用について、市町村の求償を含めた最終的な損害の分担方法について検討する。

交通事故損害賠償実務においては、症状固定日の前後で損害を区別しており、症状固定日より前は実損額を賠償し、症状固定後は将来の損害を一括して賠償するという方法でもって賠償額を算定している。

よって、まず、症状固定日までの既給付の介護費用の分担方法について検討する。

次に、将来の介護費用については、10割請求をした場合の最終的な分担方法を検討したうえで、被害者が介護保険の利用を前提として自己負担分だけの賠償請求（いわゆる1割請求）をした場合の分担方法について、訴訟上でこれが行われた場合と訴外で示談した場合とに分けてこれを検討することとしたい。

第2 介護保険法 21 条について

1 介護保険制度の概要については、高取真理子裁判官の「重度後遺障害に伴う諸問題～将来の介護費用を中心として」³が要点をまとめているので、そちらに譲ることとするが、求償の根拠条文は、以下述べる部分の基本となる条文であることから、若干の説明をしておく。

介護保険法 21 条の条文は以下のとおりである。

（損害賠償請求権）

第二十一条 市町村は、給付事由が第三者の行為によって生じた場合において、保険給付を行ったときは、その給付の価額の限度において、被保険者が第三者に対して有する損害賠償の請求権を取得する。

2 前項に規定する場合において、保険給付を受けべき者が第三者から同一の事由について損害賠償を受けたときは、市町村は、その価額の限度において、保険給付を行う責めを免れる。

3 市町村は、第一項の規定により取得した請求権に係る損害賠償金の徴収又は収納の事務を国民健康保険法第四十五条第五項に規定する国民健康保険団体連合会（以下「連合会」という。）であって厚生労働省令で定めるものに委託することができる。

2 上記 21 条が、介護保険給付の求償に関する唯一の規定である。

同条 1 項は、いわゆる保険代位を定めた規定である。介護保険の保険者は市町村であり、被保険者は要介護者と要支援者である。介護保険の給付事由が交通事故等の第三者（加害者）の

行為によって生じた場合において、保険者たる市町村は、その給付の価額の限度において、被保険者（被害者）が第三者（加害者）に対して有する損害賠償請求権を取得する旨を定めている。

よって賠償請求権の代位取得の要件は、

- ①給付事由が第三者の行為によって生じたこと
- ②当該事故に対してすでに給付を行ったこと
- ③当該被保険者の第三者に対する損害賠償請求権が現に存在していること

である⁴。

一方、同条 2 項は、被保険者（被害者）が、第三者（加害者）から、同一の事由について、賠償金を受領したときは、代位する損害賠償請求権がなくなる一方で、被害者は損害の填補を受けているから、市町村は、その価額の限度において被害者に対する介護保険給付が免責される。

ここで、免責されるというのは、市町村は介護保険給付について 10 割での請求を被害者に対してすることができることを意味する。

また、同条 3 項は、市町村は、代位により取得した損害賠償請求権の徴収業務を国民健康保険団体連合会に委託することができるされており、実際、各都道府県の国民健康保険団体連合会がこれを取り扱っている。これは実務上、代位求償と呼ばれている。

以上が、介護保険法 21 条の概要であり、この解釈を前提に以下の問題を検討する。

第3 介護保険給付と過失相殺の順序

1 事故発生に関し、被害者に過失がある場合において、介護保険給付を受けた場合、被害者の過失相殺後に介護保険給付を控除（相殺後控除説）するのか、先に介護保険給付を控除した後に過失相殺するのか（相殺前控除説）という問題である⁵。

抽象的に論じても、理解をするのが困難であるから、以下では、下記のモデルケースを念頭に検討していくこととしたい。

【モデルケース】

交通事故で後遺障害 3 級相当の後遺障害を負い、施設入所となった、事故時 74 歳の女性。介護保険を利用しない場合、介護費日額 1 万 5000 円（介護保険給付 1 万 3000 円+室料及び食費 2000 円の合計）であるが、現状は、介護保険を利用し 1 割分（1300 円）と室料及び食費 2000 円の合計日額 3300 円程度の負担で済んでいる。

過失割合は、被害者 70%、加害者 30%である。症状固定まで事故から 1 年が経過しており、症状固定時は 75 歳である。

上記モデルケースを前提として、相殺後控除説と相殺前控除説の帰結の差は、以下のとおりである。

尚、実際の金額は既給付の介護保険給付全体が問題となる（つまり総額としては 1 万 5000 円×症状固定までの介護保険給付期間）が、ここでは計算を単純化するため日額の介護費用 1 万 5000 円について、それぞれの説によれば、被害者、加害者、介護保険者がどうなるのかを検討することとしたい。

【過失相殺後控除説からの帰結】

$1万5000円 \times (1-0.7) = 4500円$ （過失相殺後の賠償額）

4500 円 ≤ 1 万 1700 円（介護保険給付）となり、加害者が賠償すべき損害は、介護保険給付で全額賄われたことになることから、被害者から加害者への自己負担額の賠償は認められず（この点の請求は棄却される）、後日市町村が 4500 円を加害者に求償することになる。

よって、求償後の最終的な介護費用 1 万 5000 円の負担は、被害者 3300 円、加害者 4500 円、介護保険 7200 円となる。

【過失相殺前控除説からの帰結】

$1万5000円 - 1万1700円 = 3300円$ （＝自己負担額）

$3300円 \times (1-0.7) = 990円$

よって、加害者への賠償として自己負担額に加害者の過失割合を乗じた 990 円が認められ、被害者の負担額は残りの 2310 円となる。また、介護保険給付 1 万 1700 円のうち加害者の負担

すべき 30%（＝3510 円）は、保険者（市町村）が求償をしていくこととなる。

よって、求償後の最終的な介護費用 1 万 5000 円の負担は、被害者 2310 円、加害者 4500 円、介護保険 8910 円となる。

2 ではいずれの考え方によるべきか。

加害者の負担すべき金額については求償が適正に行われれば差が生じないことから、被害者と介護保険との利益調整の問題であって、相殺後控除説は被害者の負担が増える一方で市町村の負担が減り、相殺前控除説では、被害者の負担が減る一方で、市町村の負担が増えることになる。

この点、労災保険給付については、休業補償給付についてはあるが、最高裁判例⁶が相殺後控除説をとることを明らかにしている。

その理由は、上記最高裁判例によれば労働者災害補償保険法 12 条の 4 が「事故が第三者の行為によって生じた場合において、受給権者に対し、政府が先に保険給付をしたときは、受給権者の第三者に対する損害賠償請求権は右給付の価額の限度で当然国に移転し（一項）、第三者が先に損害賠償をしたときは、政府はその価額の限度で保険給付をしないことができると定め（二項）、受給権者に対する第三者の損害賠償義務と政府の保険給付義務とが相互補完の関係にあり、同一の事由による損害の二重填補を認めるものではない趣旨を明らかにしているのであつて、政府が保険給付をしたときは、右保険給付の原因となった事由と同一の事由については、受給権者が第三者に対して取得した損害賠償請求権は、右給付の価額の限度において国に移転する結果減縮すると解される。損害賠償額を定めるにつき労働者の過失を斟酌すべき場合には、受給権者は第三者に対し右過失を斟酌して定められた額の損害賠償請求権を有するにすぎないので、同条一項により国に移転するとされる損害賠償請求権も過失を斟酌した後のそれを意味すると解するのが、文理上自然であり、右規定の趣旨にそうものといえるからである。」との点に求められている。

上記労働者災害補償保険法 12 条の 4 の規定よりは、介護保険法 21 条の規定と同一である

ことから、文言解釈の統一性を重視すれば、相殺後控除説に立つことになる。

一方、下級審判例ではあるが、東京地判平成26年11月27日は、「介護保険給付が、損害の賠償を目的とするものではなく、国民の保健医療の向上及び福祉の増進であること（介護保険法1条参照）からすると、参加人（市町村）が介護保険給付した金額は、過失相殺前に控除するのが相当である。」と判示して、相殺前控除説に立っている⁷。

この点、私見ではあるが、前記東京地裁判決と同様に、相殺前控除説が相当であると考え。

けだし、健康保険組合からの医療費の給付については、損害額から保険金額を引いた残額に対して過失相殺をするのが交通事故裁判実務である。この点について明確に述べた最高裁判例はないが、交通事故裁判実務として確立した取り扱いと思われる。

その根拠としては、健康保険の社会保障的性質を重視していること、昭和54年4月2日厚生一保険発第10号にて「第三者行為により生じた保険事故につき、保険者は被害者にも明らかに過失があると認めるときは、保険者において妥当な過失割合を定め、その割合に応じて求償額を減額して算定して差し支えない」との通達がなされており、保険代位に基づく求償については、過失割合を乗じることができるとされていることに求められる。

しかるに、介護保険も、健康保険と同じく社会保険方式を採用しており社会保障的性格が強い。また、被害者としても、介護保険給付後の自己負担額が自らの損害額であると認識していることが多く、介護保険給付分を含めて自らの損害であるとの認識が乏しく、介護保険給付が被害者に優先して求償権を確保できることに対する抵抗感が強い。

厚生労働省老健局介護保険課「第三者行為による保険給付と損害賠償請求権に係るQ&A」⁸においても、「交通事故等において、被保険者にも過失割合がある場合には、代位取得する損害賠償請求権はどうなるのか」との問いに対し「市町村が法上当然に代位取得している損害

賠償請求権は、本来は被保険者と加害者との間で合意された過失割合によって、影響を受けるものではないが、被害者にも明らかに過失が認められるときは、これを減額して差し支えない（例えば被害者と加害者との間で過失割合が5:5とされた場合、これに応じて請求額を5割に減額しても差し支えない。）」との記載があることから、市町村が負担した金額を全額求償することなく、実務上は求償時点で被害者の過失分を減額して求償している⁹。

よって、介護保険給付については、健康保険と同様の取り扱いをするのが相当であろう。つまり、最初に全体の介護保険費用から介護保険給付分を控除し、その残額（つまり自己負担部分）に対して過失相殺をしていくべきである。

第4 症状固定前の介護費用について

まず、症状固定前の介護費用について、どのような負担となるか。前記モデルケースに沿って考えてみたい。

【モデルケース】

交通事故で後遺障害3級相当の後遺障害を負い、施設入所となった、事故時74歳の女性。介護保険を利用しない場合、介護費日額1万5000円（介護保険給付1万3000円+室料及び食費2000円の合計）であるが、現状は、介護保険を利用し1割分（1300円）と室料及び食費2000円の合計日額3300円程度の負担で済んでいる。

過失割合は、被害者70%、加害者30%である。症状固定まで事故から1年が経過しており、症状固定時は75歳である。

仮に、モデルケースで事故から2か月後に介護保険利用が始まったと仮定すると、介護保険の利用は症状固定まで10か月となるから、症状固定までの介護費用は、総額1万5000円×300日＝450万円となる。

かかる450万円の内訳として、相殺前控除説によって計算した場合の結果は以下のとおりである。

① 自己負担額である日額3300円×300日＝99万円は、いったん被害者が負担し、最終的に

は、その30% (=29万7000円)を加害者が負担し、残りの70% (=69万3000円)は被害者負担となる¹⁰。

- ② 一方、介護保険給付額の1万1700円については、その30% (=105万3000円)が加害者負担となり、残りの70% (245万7000円)が市町村の負担となる。

よって、最終的な負担額は、被害者69万3000円(全体の15.4%)、加害者135万円(全体の30%)、市町村245万7000円(全体の54.6%)となる。

尚、加害者の側も任意保険に加入していることが多いことから、実務上は国民健康保険団体連合会と任意保険会社との間で上記の求償処理が行われることとなる。

尚、過失割合に激しい争いがあるような場合、国民健康保険団体連合会として求償金額の請求はするが、被害者と加害者との間で過失割合が定まるまでは、実際の回収は行わない扱いとすることが多いようである。

第5 将来の介護費用について自己負担分を前提とする訴訟上の請求をした場合の問題点

- 1 最初に、前記のモデルケースが訴訟となった場合の将来介護費用の負担が最終的にどうなるかについて考えてみたい。

まず、原告代理人として弁護士が選任されているケースでは、介護保険制度の利用を前提としない日額1万5000円で請求するケースが大半である。よって、将来介護費用の最終的な負担は、

1万5000円×365日×15年ライブ (10.9803)
≒6000万円

6000万円のうち、加害者負担金(30%)1800万円、被害者負担金(70%)4200万円、となる。

- 2 そして、介護保険法21条2項に基づき、被害者が加害者から受け取った1800万円の限度で、市町村は介護保険給付を免れることになることから、1800万円に充つるまでは被害者は介護保険を利用しない日額1万5000円を市町村

から請求されることとなる¹¹。

そして、1800万円を使い切った時点で、再び介護保険給付の利用が可能となる。

以上が、将来介護費用の基本的な処理ルールである。

- 3 ところで、被害者の中には、示談や訴訟提起の有無にかかわらず、自己負担1割で介護保険給付を受け続けたいという希望を持つものが少なからず存在する。これは、介護保険制度を前提としない10割の介護費用の請求は、一旦は多額の賠償金が被害者に支払われるが、その後の毎月の介護費用の支払い金額も大きくなることから、支出が不安定となるという心理的抵抗感があることに加え、10割請求の場合、訴額が高額となり訴訟提起時の印紙代も高額となるところ、被害者が時間とお金を使って回収した将来の介護費用は、市町村が介護保険給付を免れるという経済的利益を生むにすぎず、被害者に実質的なメリットがないことによる。

このような場合、将来の介護費用については、明示の一部請求をすることになると思われる¹²。すなわち、訴状において、将来介護費用の日額を、介護保険の利用を前提とすることを明示の上(明示の一部請求)、自己負担額の3300円に留めることとなる。

この場合、訴状での請求額は、3300円×365日×15年ライブ≒1300万円、となる。

- 4 では、この場合、過失相殺は、一部請求の外側で行うべきか、内側で行うべきか、それとも案分すべきか。これは、過失相殺によって控除する部分は一部請求された訴求部分から切り取るのか、残部に残された部分から切り取るのかという問題であり、外側説、内側説、案文説の3説が存在する¹³。

いわゆる外側説に立てば、将来介護費用全体である6000万円の外側から7割過失相殺されるので、4200万円が相殺され、加害者が負担すべき金額は1800万円となり、これは被害者の請求額の1300万円を超えることから、請求金額の満額が認容されることになる。

一方、内側説に立てば、被害者過失部分の4200万円が、まず被害者が請求している1300

万円に充当されることになるから、将来介護費用に関する被害者の請求は認められないことになる（この点の請求は棄却）。

案分説に立てば、上記 1300 万円のうち、加害者負担金額は 30%の 390 万円、被害者負担金額は 70%の 910 万円との結論となる。

では、どのように考えるべきか。

まず、内側説は、被害者の請求権の犠牲の下に、市町村の求償権が確保される結果となることから、介護保険法の理念及び不法行為法の被害者の救済の観点からも、解釈論として許容しえない。

一方、案分説は、訴外で、健康保険団体連合会が加害者の過失割合部分について求償していることと整合する点で、理論的一貫性がある解釈である。また、判決後も将来介護費用の求償が可能であれば、損害の公平な分担にも資する解釈と言える。

しかし、この点については、現状では外側説が相当であると考えられる。

けだし、後述するとおり、将来の介護費用について、判決若しくは裁判上の和解が成立した後は、健康保険団体連合会が加害者に求償権を行使していないという実態がある。かかる実務上の取り扱いの問題点は後述するが、そのような実務の取り扱いを正面から認めた場合、被害者の元に賠償金を集め、その部分については介護保険給付を免責することでしか損害の公平な分担が図れない。

また、明示の一部請求については、外側説に立つのが通説・判例¹⁴であり、既存の判例とも整合的である。よって、私見ではあるが、この点は外側説を採用したい。

5 次に、このような一部請求に基づく判決がなされた場合、健康保険団体連合会の求償権は何かの影響を受けるのか。

求償実務においては、判決に基づく賠償がされた場合、被害者の加害者に対する損害賠償請求権はすべてなくなったと捉えられているようである。このように考えると、被保険者の第三者に対する損害賠償請求権が現に存在していることという前記求償の要件③を欠くこと

とから、国民健康保険団体連合会は加害者に求償できないと考えられる。

しかし、明示の一部請求については、その部分のみが訴訟物となり、残部には既判力が生じないというのが判例¹⁵である。また、そもそも、既判力は、加害者と被害者の間でのみ効力を有しており、健康保険団体連合会がかかる判決に拘束される理由は一切ない¹⁶。仮に事実上、市町村が判決を尊重するとしても、明示の一部請求においては、自己負担額を前提とする将来介護費用であることは理由中で明らかになっており、将来実際に介護保険給付を行った場合については、理論上は別途求償が可能であると考えられる。よって、一部請求に基づく判決の場合には、健康保険団体連合会は、症状固定後の介護保険給付の求償権を失わず、これを加害者に請求できると考えるべきである。

もっとも、このように考えると、実際には、市町村は将来の介護保険給付を行った後でなければ求償できないことから、どのようなタイミングで求償をするのかという点が問題となりえる。また、加害者としても求償権が行使されれば、賠償に応じなければならないという不安定な地位におかれ、紛争がいつまでも終結しないという不都合が生じる¹⁷。

しかし、このような負担を加害者側が免れたいと考えた場合、被告である加害者側の方から、被害者たる原告に対し、10割請求を促すという対応が考えられる。また、それでも被害者がこれに応じない場合は債務不存在確認の反訴を提起することもできる。

一方、加害者において将来求償権が行使されず、支払いを免れる可能性が高いとの判断を優先して、特に 10割請求への請求の拡張は求めず、一部請求のまま判決がされることを選ぶという対応も考えられる。

結局、この点いかに対応するかは、その時点の加害者側（もっぱら加害者加入の任意保険会社）の判断に委ねられることになるが、それはそれでやむを得ないであろう。

第6 被害者が自己負担金額を前提とする将来介護費用で示談をした場合の問題点

1 前記のとおり、被害者は介護保険利用後の自己負担額を自らの損害と考える傾向があり、その自己負担額の賠償をしてもらいたいと考えていることが非常に多い。被害者は、市町村の負担した介護保険給付を含めて自らの損害とは考えていないのである。

また、任意保険としても、介護保険制度を利用していることを把握していても、賠償の提示としては、自己負担額を前提に将来介護費用を積算することが多く、介護保険からの求償は被害者との示談とは別であると考えている。

その結果、将来の介護費用を含めた示談をするに際し、自己負担額の1割を前提として、以下のように将来介護費用が積算され、裁判外で示談してしまうケースが多い。

(前記モデルケースの場合)

3300円×365日×15年ライブ≒1300万円
1300万円のうち、加害者負担金額は30%の
390万円、被害者負担金額は70%の910万円

実際、任意保険会社から上記のような将来介護費用の提示を受けたとしても、自己負担額が3300円の被害者としては、何ら疑問に思わず、将来介護費用を390万円とする示談を受け入れ、その後も、介護保険給付を受け続けることを期待することになる。

このような損害の一部について示談した場合、介護保険給付をした金額、つまり日額1万5000円と3300円の差額に相当する日額1万1700円分の将来介護費用合計金4700万円(=6000万円-1300万円)を誰がどのように負担することになるのかがここでの問題である。

2 この点、「第三者行為による保険給付と損害賠償請求権に係るQ&A」中にこの点の処理を示唆する記載がある。それは以下のとおりである。

「尚、被保険者が低額な示談を結んだ場合であっても、その額を超える額については保険給付

をしなければならないことになるが、その示談が例えば介護費用の1割のみを賠償するものとして結ばれた場合などには、錯誤による無効を主張しうると考える。」

これは、誰が誰に対して錯誤無効を主張するのか、そのような主張適格があるのか、不明確な記載と言わざるを得ない。しかし、善意解釈すれば、ここで言わんとするのは、上記のような示談は損害の一部示談であるから、将来の介護費用4700万円を請求することができるということである。

では市町村が錯誤無効を主張して加害者に求償できるのか。

ここで、市町村はまだ将来の介護費用の給付をしていないから、代位取得の要件「②当該事故に対して既に保険給付を行ったこと」を欠き、直ちに求償することはできない。また、示談後保険給付を継続したとして、その額を請求するとしても、示談書には通常、加害者と被害者との間で清算条項が定められている¹⁸ことから、②被保険者の第三者に対する損害賠償請求権が存在することという、保険代位の根拠も欠くことになる点が問題となってくる。

では、被害者自身が錯誤無効を主張して加害者に請求できるのか。

この場合の難点は、介護保険制度の利用が継続されると、被害者は10割負担を余儀なくされることがなく、損害が被害者自身に生じない点である。すなわち、被害者が毎月支払う額は1割に留まり、その額は賠償されてしまっているので、加害者に請求すべき損害が生じないのである。

そうすると、第3の選択肢として、上記示談の錯誤無効を前提に、市町村が被害者に対して免責を主張して、10割請求をするという方法が考えられる。すなわち、被害者は本来1800万円を受領できたところ、390万円という低額で示談をしたのであるから、1800万円に至るまでは介護保険制度を利用させず、市町村は10割の金額を被害者に請求するというものである(この場合、10割の負担を余儀なくされた被害者が示談の無効を主張して、加害者に追加の賠

償を求めることになる)。

しかし、これは介護保険法 21 条 2 項が「保険給付を受けるべき者が第三者から同一の事由について損害賠償を受けたときは、市町村はその限度において、保険給付を行う責めを免れる。」とされており、あくまで実際に受けた損害賠償額についてのみ免責を主張できるのであって、実際に被害者が受領していない介護保険給付の 9 割部分について、免責を主張することはできないと思われ、主張として失当である¹⁹。

よって、いずれの請求にもそれぞれ法律上の難点がある。

4 このような示談をした場合、市町村の求償実務の取り扱いは以下のとおりである。

原則として、市町村は、被害者が受領した 390 万円に至るまでは介護保険給付を免責され（つまり被害者は 10 割負担を余儀なくされ）、390 万円部分を使い切ったら、再び介護保険の利用を認める。

もっとも、例外的に事前に市町村と十分に協議の上、1 割負担を前提とする示談を被害者が選択したのであれば、その後も介護保険の利用を継続するということが一定程度認められているようである²⁰。

結果、10 割前提で裁判をしていれば加害者が負担すべきであった将来の介護費用 4700 万円が、自己負担分を前提とする示談をすると、最終的に介護保険の負担となり、加害者がその負担を免れてしまう点にこの問題の本質がある。

5 では、どのように解決すべきか。以下私見を述べる。

交通事故損害賠償の理念は被害者救済と損害の公平な分担である。一方、介護保険制度も国民の保険医療の向上及び福祉の増進が目的である。よって、被害者にしわ寄せが来るような解釈論は厳に控えなければならないし、実際に求償事務や介護保険給付の免責を主張する自治体担当者にとっても、被害者に負担を強いるような方法論では、被害者との間に軋轢を生む点でスムーズな事務処理が阻害される恐れがある。

また損害の公平な分担の観点からは、被害者

と加害者との間の示談や判決等の解決方法如何によって、加害者、被害者、市町村が負担する賠償金額に差が生じないような解決方法が望ましい。

また、実際の介護保険の求償事務は、各県の国民健康保険団体連合会と任意保険会社との間で行われていることに照らせば、国民健康保険団体連合会と任意保険会社との間で、調整が行われることが運用の便宜上は望ましい。

以上を総合考慮すると、被害者が自己負担を前提とする示談をした場合、市町村は免責を主張できず、介護保険給付を継続すべきである。けだし、示談金額は自己負担部分に対する将来の賠償に留まるからである。

その上で、上記示談は、将来の介護保険給付を含めて示談したものではないことから、市町村は介護保険給付をした時点で、加害者（又は加害者の任意保険会社）に求償できると考えるべきであろう。

このための方法論としては、被害者が、示談の清算条項の中に「将来の介護費用については自己負担分を前提とする示談であるため、示談後に市町村から受ける介護保険給付は除き、加害者と被害者との間には債権債務がないことを確認する。」などと一部示談であることを明示しておけば足りよう。

また、このような留保を入れ忘れて示談をしてしまった場合であっても、自己負担分を前提とする示談であることが、賠償額提示書や示談書等の記載・趣旨から明らかであれば、そのような合意は、加害者と被害者との間では有効であっても、判決の相対効の考え方と同じく市町村の求償権に何ら効力を及ぼさないとの解釈論を取ることも考えられよう。（もっとも実際には、示談の場合、示談金額の内訳が明示されないこともありうる。よって、市町村としてはできる限り示談時に、賠償額の内訳を確認することが望ましい。²¹）

このように考えると介護保険給付を継続している限り、国民健康保険団体連合会代位求償を継続し続けることとなるから、関係当事者の間で事件処理が終了しないという問題が生じ

る。

しかし、この点は、国民健康保険団体連合会と任意保険会社との間で、将来の介護費用を一括して支払うことなどを個別に合意することで対応することも可能である。

尚、この場合、まだ給付をしていない介護保険費用について、保険会社から求償金をあらかじめ受け取ることになるから、介護保険法 21 条

1 項の保険代位の要件の緩和という立法措置が必要であろう。

また、将来介護費用の発生の蓋然性を含めた具体的な求償金額などについても国民健康保険団体連合会と任意保険会社との間で慎重な検討を要することにはなろう。

以上

1 弁護士法人常磐法律事務所所属

<http://www.tokiwa-law.biz/>

2 高取真理子「重度後遺障害に伴う諸問題～将来の介護費用を中心として」『民事交通事故訴訟 損害賠償算定基準』（日弁連交通事故センター東京支部 2004 年 332 頁）がこの点の問題点について詳しい。

3 同上

4 厚生労働省老健局介護保険課「第三者行為による保険給付と損害賠償請求権に係る Q & A」（平成 14 年 6 月 14 日事務連絡、尚、平成 28 年 3 月 31 日付で一部改正あり）。

5 労働者災害補償給付については、差額説という考え方もあり、介護保険給付についても当てはまる部分があるので紹介しておく。差額説は、総損害額から給付額を差し引いた差額につき被害者に優先権を認める考え方である。すなわち、過失相殺の結果得られた損害額から被害者が右の差額を優先的に取得し、その残額につき国が加害者である第三者に対して求償権を有するという考え方である。この考え方で行くと、15,000 円の加害者負担分である 4500 円について、まず被害者が負担した 3300 円を被害者が優先的に取得し、残額である 1200 円について、市町村が求償権を取得することになる。よって、15,000 円の最終的な分担は、被害者 0 円、加害者 4500 円、市町村 10,500 円となる。もっとも被害者保護に厚い考え方といえよう。

6 最判平成元年 4 月 11 日第三小法廷。尚、伊藤正己裁判官の反対意見がある。

7 名古屋地判平成 26 年 12 月 26 日も、結果として過失相殺が認められなかった事例なので傍論ではあるが、相殺前控除説が相当とし

ている。

8 脚注 4 に同じ。

9 尚、労災保険の実務においても求償事務は、労災給付金額について過失相殺をした後の金額を加害者に求償している。よって、労災保険だけを特別に考える根拠に乏しく、伊藤正己裁判官も指摘するとおり労災保険給付も相殺前控除説に立つのが正しいと思われる。

10 尚、本文中の東京地裁平成 26 年 11 月 27 日判決は、食費 2000 円については、事故がなくても生じた費用であるとして、自己負担額から控除するとの判断をしている。自己負担額のうち事故がなくても生じるであろう費用は、生活費控除的に除外されたとの判断もありうることに注意が必要である。

11 もっとも、市町村や国民健康保険団体連合会が、訴訟の帰結を把握することが困難である場合も一定程度あり、被害者が賠償を受けた場合に、実際、市町村がどこまで免責を主張しているのかは定かではない。その場合、被害者は賠償金を受領しつつ、介護保険給付を受け続けることになるから、理論的には市町村は被害者に不当利得返還請求権を取得することになる。

12 実例は多くないようである。

13 高橋宏志『重点講義民事訴訟法』（有斐閣、2005 年 2 月 25 日、初版）105 頁参照

14 最判昭和 48 年 4 月 5 日民集 27 卷 3 号 419 頁

15 最判昭和 34 年 2 月 20 日民集 13 卷 2 号 209 頁

16 裁判上の和解の場合、清算条項が入れられていると、第 6 で述べる示談と同じ問題、すなわち被保険者の第三者に対する損害賠償請

求権が裁判上の和解により消滅してしまうという問題が生じる。この点も和解条項について、「将来市町村から受ける介護保険給付は除き」などの留保をつけるなどで対応するほかあるまい。また、そのような留保をつけず和解した場合、訴訟上の和解に関する無効主張が問題となろう。前掲高橋宏志『重点講義民事訴訟法』684頁参照。

¹⁷ 将来の介護費用についても症状固定時から3年で時効にかかると考えた場合、途中で求償権が時効消滅する可能性もある。

¹⁸ 尚、このような利益状況は一部請求を前提に裁判上の和解をしたにもかかわらず、和解調書に、特段の留保なく清算条項を入れてしまった場合にも当てはまる議論である。

¹⁹ 実際、原告代理人として、自己負担額を前提に示談をしようとする、ある市町村などは、仮に10割請求をした場合に認容されたであ

ろう金額に充つるまでは、介護保険は利用させない（つまり10割請求する）などと強弁してくる。かかる主張自体誤っていると思われるが、原告代理人としては、保険給付が受けられなくなるリスクを回避するために10割請求を余儀なくされることとなる。

²⁰ この点は、自治体によって対応が異なっているようである。よって、実務上は、示談をする前に、市町村との間で、示談後も介護保険給付が受けられるのかを示談内容を開示の上で協議しておくことになろう。尚、本来、住んでいる自治体によって、取り扱いが異なるのでは、被害者にとっても予見が困難であり、法的安定性を欠くことから統一的に取り扱うのが望ましいことは言うまでもない。

²¹ 前記「第三者行為による保険給付と損害賠償請求権に係るQ&A」にもその旨の記載がある。

マンションの敷地に関する2つの事例

(Two cases about grounds of a building)

濱田 卓

第1 はじめに

1 マンションは、物理的には、戸建て住宅と同様、建物と、その敷地たる土地から構成されている。これをさらに法的に整理すると、一般的なマンションの所有者は、①専有部分に対する区分所有権、②共用部分に対する共有持分権及び③敷地に対する共有持分権（又は敷地に関する賃借権等の利用権の準共有持分権）をその財産として有していることになる。

このように、敷地は、建物の存立という物理的な意味でも、また、財産的価値という意味でも、極めて重要なマンションの構成要素の一つである。しかしながら、このことは、当たり前過ぎて、筆者も含め、平時において意識されることは少ない。

2 ところで、全国のマンションストック戸数は、平成27年末時点で約623万戸にのぼっており¹、マンションは我が国の、特に都市部における主要な住居形態としての地位を確立しているが、その共同住宅としての性質上、一定のトラブルの発生は避けがたい。しかしながら、これらのトラブルは、その多い順に、居住者間のマナー、建物の不具合、管理会社等、近隣関係、管理組合の運営、費用負担、管理規約のそれぞれに関するものとなっており²、敷地に関するものはほとんどない（近隣関係については、順不同で、日照権、電波障害、騒音・異臭、自治会に関するトラブルとのことである。）。実際、筆者が日常取り扱っている事案においても、これまでは敷地に関するものはめったになく、また、筆者が収集しているマンションに関する裁判例においても、敷地に関するものは、建替えという有事に関するものがほとんどであり、さ

らに、近時の敷地に関する立法も、やはり有事を想定したものとなっている。

3 このように、敷地は、極めて重要なマンションの構成要素の一つでありながら、平時には紛争の対象・原因とはなりにくいものといえることができる。しかしながら、近時、筆者は、全くの偶然ではあるが、しかし、連続して、敷地に関する事例に遭遇した。それぞれの事例は、全く関連性のない、別々のマンションにおけるものであるが、いずれも、実務上遭遇する機会の少ない点を含んでいると思われ、少なくとも、筆者は、大変勉強になった。そのため、学術的な意義はないが、各位の参考になる点もあるのではないかと考え、ここにご紹介する次第である。

なお、本稿においては、建物の区分所有等に関する法律について、【法】と略す。

第2 事例その1：土地の一部が敷地として登記されていないことが判明した事例

1 平成に入ってから分譲された、関西地方のあるマンション（以下【本件マンション】という。）では、長期にわたり管理費等を滞納している組合員がいた（以下、この組合員が区分所有していた建物を【本件区分建物】という。）。登記事項証明書を確認すると、滞納処分による差押えが実施されていたが、検討の結果、無剰余措置（民事執行法63条）が採られる可能性は低いと考えられたことなどから、管理組合として、本件マンションを対象として、先取特権（法7条1項）に基づく担保不動産競売を申し立てることとなった。

2 本件マンションは、平成に入ってから分

譲であるから、当然に専有部分と敷地利用権の一体性の原則（法 22 条 1 項本文，以下【一体性の原則】という。）の適用を受ける。

ここで、便宜のため、一体性の原則について簡単に説明する³。

（1）専有部分と敷地の（準）共有持分権とは、通常、一体のものとして、売買等の処分の対象となるべきものである。しかしながら、我が国においては、建物と土地とは別個独立の不動産とされていることから、法律上は格別に処分することが可能であった。そのため、かかる処分の登記は、建物の登記簿と敷地の登記簿の両方について行わなければならない、無駄であった。のみならず、敷地の登記簿は、その甲区には、分譲業者から数十人、数百人にのぼる買主への所有権の一部移転の登記がなされ、その乙区には、区分所有者が有する共有持分を目的とする抵当権の設定の登記やその抹消の登記がなされ、これらが連綿と続いていくことから、膨大かつ複雑なものとならざるを得ず、登記簿の使命である公示の一覧性が著しく損なわれていた。

（2）そのため、法改正（昭和 59 年 1 月 1 日施行）により、主としてこのような登記簿の混乱の現状を是正することを目的として、①実体法上の手当として、専有部分と敷地利用権とを分離して処分することができない旨を定めを新設し（法 22 条 1 項本文，一体性の原則），②これを受けて、処分の登記は建物の登記簿にのみすれば足りることとし（法と同時に（旧）不動産登記法も改正された。），③建物の表示の登記事項として「敷地権の表示」が加えられ、④これら一体性の制度の前提としての敷地利用権の意義を明確にし、かつ、その範囲を画するため、「建物の敷地」及び「敷地利用権」の定義規定が新設されるとともに（法 2 条 5 項，6 項），建物が所在する土地以外の一定の土地も規約で建物の敷地と定めることができることとする規約敷地の制度が新設された（法 5 条）。

（3）これにより、改正法の施行日である昭和 59 年 1 月 1 日以後に新築された（建物として登記をすることができる状態となった）マンシヨ

ンについては⁴、原則として、専有部分の表示の登記を確認すれば、その敷地たる土地の存在が把握できることとなった。

3 以上のとおり、本件マンションは、かかる一体性の原則の適用を当然に受けるところ、本件区分建物の登記を確認すると、合計 15 筆の土地が敷地として登記されていた（敷地権はいずれも所有権であった。），そのため、筆者は、「何とも敷地が多いマンションであるな。」とは感じたものの、それ以上深くは考えることなく、これら 15 筆の土地を物件目録に記載して、担保不動産競売を申し立てた。

その後、無事（ではなかったのであるが。）に担保不動産競売開始決定が発令されたが、その数日後、執行裁判所から通知（滞納処分と強制執行等との手続の調整に関する法律 12 条 2 項）を受けた課税庁の担当者から、筆者に対し、電話があった。その内容は、要するに、「おたく様は、このたび 15 筆を差し押さえられたようですが、うちは、もう 2 筆差し押さえてますけど、いいんですか？」というものであった。驚いた筆者は、担当者から当該 2 筆の土地の地番等を教えてもらい、その登記事項証明書を取得したところ、2 筆とも、厚さにして 2 センチメートル以上もあり、そしてその内容は、本件マンションの分譲以来のほとんど全てと思われる処分が記録されたものであったことから、この 2 筆の土地は、いずれも、本件マンションの敷地として認識されてきたものであることが明らかとなった。

そのため、検討の結果、管理組合としては、今後の無用の混乱を避けるべく、ひとまず担保不動産競売の申立てを取り下げることとした。

4 その後の調査の結果、この 2 筆の土地うち、1 筆の土地（以下【甲土地】という。）については、本件マンションの建物の物理的な底地となっている可能性が高いが、もう 1 筆の土地（以下【乙土地】という。）については、明らかにそうではないことが判明した。

この点、「建物の敷地」（法 2 条 5 項）に関しては、次のような条文及び議論（特に（5））があることから⁵、少なくとも乙土地について

は、現状では、一体性の原則の対象外であり、それゆえ、本件区分建物を対象とする担保不動産競売の申立てによっては、これに基づく差押えの効力を及ぼすことができないことがわかった。

(1) 「建物の敷地」とは、建物が所在する土地及び(法)第5条第1項の規定により建物の敷地とされた土地をいう(法2条5項)。講学上、前者の土地を法定敷地、後者の土地を規約敷地と呼ぶ。

(2) 「建物が所在する土地」(法定敷地)とは、一棟の区分所有建物が所在する物理的な底地をいい、建物の構成部分の全部を地表面に投影した場合にその投影のかかる土地の全部がこれに当たる。

(3) 1筆の土地の一部にのみ建物が所在する場合であっても、当該1筆の土地の全体が法定敷地とされると解される(東京地判平成26年10月10日判例集未搭載も同旨)。

(4) 規約敷地とすることができる土地は、「区分所有者が建物及び建物が所在する土地と一体として管理又は使用する庭、通路その他の土地」であるところ(法5条1項)、区分所有者に一体的管理又は使用をする意思があり、かつ、それが客観的に可能である土地がこれに当たる⁶。

(5) 物理的に建物が所在する土地と筆を異にする土地は、その建物の使用のために必要なものであっても、規約で定めなければ、法にいう「建物の敷地」には当たらない。

5 とはいえ、乙土地が前記「4(4)」にいう規約敷地とすることができる土地であることは明らかであったことから、規約改正により、乙土地を建物の敷地とすることで、乙土地の共有持分権をも敷地利用権(法2条6項)とし、これにより、専有部分(本件区分建物)とその敷地利用権の一体化が可能であると考えられた。念のため、執行裁判所(となるべき裁判所)に、事前に照会したところ、「規約によって『建物の敷地』とされているのであれば、本件区分建物を対象とする担保不動産競売の申立てに基づく差押えの効力が、乙土地に及ばないと考える理由は見当たらない。」との回答を得た。そ

こで、管理組合において、乙土地(のみならず一覧性の便宜の観点から甲土地も)について、本件マンションの敷地とする旨の規約改正を行った。

そして、本件区分建物1は、その後改めて申し立てた担保不動産競売により、甲土地及び乙土地も含めて、無事競落され、本件は終了した。⁷

第3 事例その2：敷地権が賃借権である場合に、管理組合側が敷地を購入する方法について検討した事例

1 こちらも平成に入ってから分譲された、東海地方のあるマンションの事例であり、このマンションは、全5戸と小規模な、敷地権が賃借権であるいわゆる定借マンションである(議決権の割合は全戸同一である)。このたび、賃貸人(地主)から管理組合側に対し、敷地を買い取って欲しいとの申入れがあったところ、4戸の組合員は概ね賛成であるが、1戸の組合員は絶対反対で、どんな手続にも一切協力しないとの意思を明確に表明していた。

2 筆者は、管理組合側が敷地を購入するとした場合に考えられるスキームとして、以下の3つの方法を考え、それぞれについて以下のとおり検討した(なお、税務上の問題については、費用等の関係から、本格的に検討するに至らなかったことから、本稿でも割愛する。)

(1) その1：管理組合法人が敷地を購入して賃貸人となる方法

ア このスキームは、特別決議(区分所有者数及び議決権の各4分の3(法47条1項)。本件では各4戸。)により管理組合を法人化した上で(そうしないと、登記名義人となることができない。)、管理組合法人が各戸から資金を徴収し(なお、金融機関から購入資金の融資を受ける方法についても検討したが、早々に断念した。)、総会の決議に基づいて管理組合法人が敷地を購入し、賃貸人となり、その後は管理組合法人の業務として各戸から地代を徴収する、というものである。

イ このスキームには、①各戸が賃貸人と賃

借人とに別れることがないため、地代の徴収事務を管理組合法人の業務としてスムーズに実施することができる点（委託している管理会社においても別途負担が生じるものではないため、委託費の増額もないとの回答であった。）、②敷地の買取交渉においても、買主が管理組合法人に一本化されることによって地主側のリスクが減少するため、価格交渉力が増加すると考えられる点などのメリットがある。

ウ 他方、このスキームには、①敷地の購入に反対している1戸の組合員に対し、購入代金のうちのその負担分（その有する専有部分の床面積の割合によって算出されることとなろう。法14条1項参照）の支払を請求する必要がある点（その可否についてはこの後すぐに検討する。）、②仮にこの請求が可能だとしても、強制的な徴収による、全5戸という小さなマンションにおけるコミュニティへの悪影響が避けられない点、③各建物の登記の表題部の「敷地権の種類」欄に記載される権利はあくまで賃借権にとどまることから、「せっかくお金を払うのだから、気持ちよく『所有権』という記載になってほしい。」との要望（予想以上に多く、強かった。）に応えられないというデメリットがある。

エ なお、筆者は、前述の、敷地の購入に反対している1戸の組合員に対して購入代金のうちの負担分の支払を請求することは、以下のとおり可能であると考ええる。

（ア）まず、管理組合は、「建物並びにその敷地及び付属施設の管理を行うための団体」であることから（法3条前段）、敷地を購入することが、「敷地・・・の管理」に含まれるか否かを検討する必要がある。

この点、ここでいう「管理」の意義は非常に広く解されており、立法担当者も、「要するに、本条にいう『管理』とは、本法において区分所有者の団体的意思決定に服すべきものとされる対象事項を広く包摂する」と述べている⁸。

そうすると、確かに、敷地の購入は高額な支出を伴うことが通常であるから、慎重な検討が必要であろうが、元来敷地は法3条の団体の管

理対象であることからすれば、法定敷地及び規約敷地の別を問わず、法3条の団体がこれを購入するとの意思決定をした場合には、団体自治を尊重し、法3条の団体の目的の範囲内であると解すべきと考える。

（イ）次に、敷地を購入すること自体は管理組合の目的の範囲内であるとしても、敷地の購入に反対する組合員に対し、相応の金額となるであろう金銭の支払を請求することについての是非（決議の有効性）についても検討する必要がある。

この点、各組合員は、その負担分に応じて、等しく金銭の支払義務を負うのであって、決議の影響は区分所有者全体に一律に及ぶと評価できることから、「一部の区分所有者」の権利に特別の影響を及ぼすべきとき（法31条1項類推）には当たらないと考えられる。そうすると、決議の有効性は、公序良俗違反（民法90条）や権利の濫用（民法1条3項）といった一般条項違反の有無によって決せられることになるが、決議に反対した組合員も、法3条の団体が敷地を購入することにより、実質的には相応の権利を取得すると評価できるのであるから（かかる権利は、後述の管理組合法人の解散時における残余財産の帰属の場面で現実化し得る。）、決議が一般条項に違反するということは困難であろう。

よって、法律論としては、管理組合は、決議に基づき、購入に反対する組合員に対しても、その負担すべき金額の支払を請求することが可能であると考ええる。

（2）その2：管理組合法人が敷地を購入した後、その所有権を各組合員に帰属させる方法

ア このスキームは、前記「その1」のスキームのデメリット③に関して、建物の登記の表題部の「敷地権の種類」欄の記載を、賃借権ではなく、所有権とするための便法として検討の対象となったものであり、想定される具体的な手順は、概ね次のとおりである。

① 管理組合法人が敷地の所有権を取得する。

② 法 22 条 1 項ただし書の規約の「別段の定め」として、専有部分と敷地利用権との分離処分を可能とする旨の規約の改正を行う（特別決議、法 31 条 1 項）。

③ これにより、敷地についての賃借権が敷地権ではなくなったことから⁹、敷地権の表示の登記を抹消する意味での当該区分建物の表示の変更の登記を申請する（不動産登記法 51 条 1 項・44 条 1 項 9 号¹⁰）。

④ 管理組合法人を解散する旨を総会で決議する（法 55 条 1 項 3 号。特別決議である（法 55 条 2 項）。）。

⑤ 「解散した管理組合法人の財産は、規約に別段の定めがある場合を除いて、第 14 条に定める割合と同一の割合で各区分所有者に帰属する。」と規定する法 56 条により、敷地の所有権が各戸の組合員に帰属する。

イ ここで、前記⑤の法 56 条の適用等に関して、次のとおり補足する。

（ア）管理組合法人の解散決議が総会の決議である場合には、規約に別段の定めがない限り、残余財産は個々の区分所有者に分割的に帰属するのではなく、区分所有者に合有的ないし総有的に帰属する、すなわち、実質的には管理組合に帰属すると解されている¹¹。そうすると、個々の区分所有者は、実体法上、敷地の所有権の共有持分を有するとはいえないから、これをもって敷地利用権（法 2 条 6 項）ということではできず、ゆえに、これを敷地権（不動産登記法 44 条 1 項 9 号）として登記することもできない。したがって、これに対する手当てとして、規約に別段の定めを置く必要がある¹²。

（イ）登記手続としては、各建物の所有者が、建物の表示の変更の登記を申請することになる（不動産登記法 51 条 1 項・44 条 1 項 9 号¹³）。これにより、建物の表題部に、敷地権の種類が所有権であることなどの不動産登記規則 118 条所定の事項が記録される。なお、土地については、登記官が職権で、土地の登記記録に、敷地権である旨の登記を行う（同法 46 条）^{14,15}。

ウ 以上のようなこのスキームであるが、いかんせん前例が無い（と思われる）ことから、

本稿では触れない税務上のリスク以外にも、様々なリスクが潜んでいることが懸念された（特に、このような便法的な法形式の利用には、経験則上、思わぬリスクが潜んでいることが多く、危険である。¹⁶

（3）その 3：希望者が個々に敷地の共有持分を購入する方法

ア 文字どおり、敷地の購入に絶対反対の 1 戸の組合員を除く希望者が、地主から相対で敷地の共有持分を購入する方法である。

イ そのメリットとしては、何よりも、前記のスキーム「その 1」及び「その 2」のデメリットであった、反対者に対する代金の支払の強制が避けられる点が挙げられる。これは、マンションという居住空間におけるコミュニティの重要性を考えれば、大きなメリットである。

ウ 他方、デメリットとしては、①組合員が敷地の賃貸人と賃借人に別れることから、地代の徴収事務が困難である点（地主が賃貸人として残った場合、地主も含めた賃貸人側の組織を設立する必要があると考えられるが、これは管理組合の業務とは言い難く、また、組合員間に利害の対立があることから、管理会社への委託も無理である。）、②バラバラに敷地を購入すると、売主（地主）との交渉における価格交渉力が低下する点、③組合員全員が敷地の共有持分を購入しない限り、これを購入した組合員の建物の登記においても、「敷地権の種類」欄の記録は賃借権のままにとどまり、心理的な満足度が低い点などが挙げられる。

エ なお、最後の③について以下補足する。実体法上、共有持分上に用益権を設定することができるか否かについては争いがあるが¹⁷、登記実務においては、共有持分に対する賃借権設定登記は受理されない（昭和 48 年 10 月 13 日民三第 7694 号民事局回答）。これは、仮に共有持分上に賃借権を設定することが可能であると解しても、土地の使用収益権能を制約された賃借権は、用益権としては不完全なものであり、登記による排他的効力を付与することができないためであるとされる¹⁸。そうすると、仮に本スキームにおいて、敷地の共有持分を取得した区

分所有者について、その建物の登記の表題部の「敷地権の種類」欄の記録を所有権へと変更することを認めてしまうと、敷地を購入しなかった区分所有者の建物の表題部の登記における「敷地権の種類」欄の記録は賃借権のままなのであるから、これらの各登記記録が相まって、前記先例に反する状態を結果的に公示することになってしまう。そのため、敷地の共有持分を購入した組合員の建物の登記においても、「敷

地権の種類」欄の記録を所有権とすることはできないとされている¹⁹。

3 以上の3つのスキームについて検討し、また、これと並行して地主との交渉も行った結果、管理組合側は、「現状維持」という、4つ目のスキームを選択し、本件は終了した。個人的には、不動産登記法及びその実務の重要性及び困難性を体感した事案であった。

- 1 国土交通省ウェブサイト
- 2 国土交通省「平成25年度マンション総合調査」
- 3 法務省民事局参事官室編『新しいマンション法』114頁以下など
- 4 その余のマンションについては法附則第8条参照
- 5 濱崎恭生『建物区分所有法の改正』98頁～101, 119～123頁など
- 6 登記実務は、その土地を建物及び法定敷地と一体として管理又は使用することが不可能であると認められるべき特段の事情がない限り、規約敷地として取り扱って差し支えないとしている（五十嵐徹『マンション登記法』49頁（第4版））
- 7 甲土地と乙土地のみが登記上漏れていた原因は、不明である。
- 8 濱崎恭生『建物区分所有法の改正』115頁。なお、このような事項を広く含ませる趣旨で、改正法の法律案要綱では、「建物・・・の管理並びに区分所有関係の調整」を行うことを目的とすると表現されていたことについて、同書117頁の注11。
- 9 法22条1項本文の規定により区分所有者の有する専有部分と分離して処分することができない敷地利用権のみが敷地権である（不動産登記法44条1項9号）。
- 10 香川保一『新不動産登記法逐条解説（一）』355頁以下
- 11 濱崎恭生『建物区分所有法の改正』332頁
- 12 この場合に、敷地の購入に反対する1戸の組合員が、敷地の所有権の移転登記手続についても協力しないときは、管理組合法

- 算人（精算中の団体、法55条2項）としては、登記引取請求訴訟を提起することになると考えられるが、そもそもの同請求の成否についても検討が必要と思われる。この点については今後の課題としたい。
- 13 この場合の申請は、一括申請の規定（不動産登記法48条1項）がないから、区分建物ごとに個別に申請することになる（五十嵐『マンション登記法』182頁（第4版））。
- 14 本件では、土地の登記記録の権利部の甲区に、不動産登記規則119条1項所定の事項が記録される。
- 15 表示に関する登記は、登記官が職権であることができるが（不動産登記法28条）、敷地権の表示の登記は、建物の物理的状況に関する事項とは全く性質を異にするものであり、むしろ権利に関する登記としての性格も有するというべきであるから、登記官の職権調査によって登記すべき責務のあるものと解することは相当でないといわれている（香川保一『新不動産登記法逐条解説（一）』282頁、山野目章夫『不動産登記法』237頁（初版））。
- 16 管轄の法務局へも足を運んで相談したが、担当者も大変に苦慮されていた。
- 17 否定するものとして、川井健『新版注釈民法（7）』435頁
- 18 五十嵐徹『マンション登記法』237頁（第4版）
- 19 もちろん、土地の登記の権利部の甲区には所有権の一部移転の登記がされるから、これにより、敷地の共有持分を取得したことが公示される。

高齢者登山における健康状態把握義務と申出責任についての一考

(Consideration about the duty to grasping a health condition
and the responsibility to reporting thereof concerning mountain climbing
by the elderly people)

山本 紘太郎

第1 問題の所在

総務省の平成23年社会生活基本調査の結果¹によると、15歳以上の「登山・ハイキング」の行動者は972万7000人で、そのうち高齢者（65歳以上の者とし、以下同じ。）の割合は約24.7%、推定の行動者は約240万人に及ぶ。今も昔も、行動者率は「団塊の世代」を含む昭和17～26年生まれの人が高く、平成25年4月1日施行の高年齢者雇用安定法改正により定年が順次引き上げられ、また平成23年社会生活基本調査結果当時は60～64歳であった「団塊の世代」が高齢者となる時期に来ているため、平成29年7月以降順次公開される最新の平成28年社会生活基本調査の結果では、高齢者の割合・行動者は更に増加している可能性がある。

他方、警視庁の調査結果²によれば、過去10年間の山岳遭難発生状況をみると増加傾向にあり、平成27年中の山岳遭難の、発生件数は2508件、遭難者は3043人、うち死者・行方不明者335人であり、発生件数、遭難者、死者・行方不明者が、統計の残る昭和36年以降で最も高い数値となった。年齢層別にみると、40歳以上の遭難者が2334人と全遭難者の76.7%を占め、このうち60歳以上遭難者が1565人と全遭難者の51.4%を占めている。また40歳以上の死者・行方不明者が307人と全死者・行方不明者の91.6%を占めており、このうち60歳以上の死者・行方不明者が234人と全死者・行方不明者の69.9%を占めている。60歳以上の事故が突出して多い結果となっている。

以上の各調査結果とおり、登山・ハイキングは、

高度・困難な環境を求め、また健康促進のためのスポーツとして高齢者に親しまれており、他方、高齢者の事故が多発している状況にある。

第2 高齢者の山岳遭難事故の原因

警視庁の調査結果³によれば、山岳遭難事故の態様で圧倒的に多いのは道迷いで平成27年は全体の39.5%を占めていた。次いで、滑落・転倒・病気・疲労と続いている。悪天候等自然環境を要因とする事故は15%に満たない。多くの事故態様は、加齢の影響を無視できない要因で構成されている。

高齢者は、若・壮年者とは医学的に異なる面を持つ。登山で重要な視力や聴力、身体バランスなどは若年期に比べて潜在的に低下しており、自分では必ずしも自覚していない場合も少なくない。また予備能力が低下しているために、通常の晴天時におけるルートコースでは問題なかったが、雨に濡れたり歩行時間が予定より長くなるなど、過剰な負担がかかった場合、急速に衰弱しやすい。高齢者は身体バランスが低下しているので転倒しやすく、しかも転倒により骨折をきたしやすい。また、いったん身体の異常をきたすと、連鎖反応的に他の異常を引き起こしやすいのも高齢者の特徴である。感冒に続いて肺炎を引き起こしやすく、発汗や下痢などによる脱水症状から意識障害になることある。以上の通り、高齢者には、加齢による心身の変化が起きている。加えて、加齢変化は、体力、精神力、予備能力などに個人差が極めて大きいことも重要とされる。

また高齢者は、加齢変化とは別に、何らかの慢

性疾患を持っていることが多い。代表的なものが生活習慣病である。例として、生活習慣病で留意すべき点を挙げてみれば、登山では負荷になり易い「肥満」、登山中、血圧の上昇がしばしば認められる「高血圧」、治療中の場合、低血糖に注意が必要な「糖尿病」などがある。その他、循環器疾患や神経疾患などの慢性疾患もよくある。登山の過程では、急性疾患を発症する可能性が常にあるが、高齢者は、その背後に複合的な慢性疾患を持っている可能性が高い。

以上の、心身の加齢変化、慢性疾患の可能性が高齢者の山岳遭難事故が多発する医学的要因と整理できる。

加えて、行動的要因として、若いときに登山していて中断、再開した登山者が、若いときの成功体験と現実との相違に戸惑い事故を起こす、中高年になって初めて山登りを始めた登山者が山という自然条件の急激な変化に対応できず事故を起こすということも多いのではないかと指摘もある。特に前者は、中高年者特有の問題と言えるのではないかと。⁴

第3 高齢登山者に求められること

高齢者の山岳遭難事故の原因を分析すれば、事故予防のために高齢者の登山者は、心身の加齢変化に対応するために日ごろからトレーニングをすべきである。加齢変化や慢性疾患の可能性に対処するために登山前のメディカルチェック（健康診断）が有効である。高齢者は、体力、登山経験などにおいて個人差が大きいため、各自の態様によって、登山計画を組むことが重要である。⁵

山は過酷な環境である。一人の登山者の不注意による事故が、同行者の生命・身体をも危険にさらすこともある。高齢者の山岳遭難事故増加は社会問題となっているところであり、高齢登山者は、成熟した大人として事故予防に努める責任があり、登山のリーダーや企画者は、高齢登山者の既往症等を把握しておき、事故発生時には適切な応急措置がとれるようにすべきといえるであろう。

以上は、高齢者の登山者らに求められる特有の道義的責任である。

進んで、上記の責任を果たさなかったことで、登山パーティーのリーダーが法的責任を問われる余地はあるのであろうか。高齢登山者自身の不注意は法的に問題ないのか。

登山のリーダーや企画者としては、高齢登山者の能力に個人差を多いことを念頭に入れて登山計画を組む必要がある。事故発生後の対処の際も慢性疾患の可能性を常に念頭に置くべきであろう。しかしそれらの前提として、高齢登山者の能力の個人差の把握、すなわち心身の加齢変化や慢性疾患の可能性をどこまで把握すべきか、一般成人と区別される高齢者特有の配慮義務として構成すべきかが検討されるべきである。

第4 法的責任の検討材料

1 法的責任が問題となる場面

高齢登山者の健康状態を把握しなかったことで法的責任が問題となる場面は、高齢者の加齢変化や疾患が顕在化して事故が発生し、グループリーダー等に民事上の賠償責任や刑事責任が追及される場合である。大雑把ではあるが、民事責任の根拠としては、債務不履行責任と不法行為責任が考えられる。刑事責任としては、(業務上) 過失致死傷罪が考えられる。

いずれの責任が問題となる場合も、注意義務違反の有無が問われる。

債務不履行責任では、契約内容の解釈が行われる。登山グループでは、多くの場合、登山の同行や登山計画の立案等を目的とした準委任契約が成立している。受託者は、善管注意義務を負っているが、具体的にどのような内容の注意義務であるかは、契約の解釈による。一般論としては、友人同士のグループ登山で友人の生命、身体の安全を積極的に確保するような注意義務があったと解釈するのは難しいが、学校行事やツアー登山の場合、参加者の生命、身体の安全を積極的に確保するような内容の義務があると解釈されやすいであろう。

不法行為責任や刑事責任では、過失の認定、すなわち予見可能性及び結果回避可能性の検討を中心に注意義務違反があったかが問われている⁶。

私見も入ってしまうが、中高年者の山岳遭難事故が社会問題化していることは既に周知の事実というべきである。例え高齢者が元気そうに見えても、高齢者であるという事実の認識をもって、事故発生の予見可能性は認められるというべきである。

一般論としては以上の通りであるが、「法的責任を問われるのか」という命題のもとでは、区別して論じる必要性は乏しく、以下、単に注意義務違反の問題として論じる。

2 登山の形態

(1)複数人で登山をする場合、友人同士で行くとき、登山ツアーに参加するとき、自治体等の公募登山に参加するとき等様々な形態があるが、法的責任を検討する場合は、注意義務の軽重を判断するため、辻次郎裁判官「登山事故の法的責任(上)」判タ997号38頁(1999年5月15日)に従い、概ね次のように分類されることが多い。事案の分析に当たって非常に有用なので、本稿でも採用したい。

(2)分類方法は次のとおりである。

①引率登山、自主登山

リーダーないし主催者が計画を立てるなど中心的な役割を果たす場合(引率登山)と特定の者が一応リーダーとなっても他の仲間も山行計画に関与するなど積極的に登山に関与している場合(自主登山)の区別である。

他人に損害を与えてはならない消極的な注意義務と他人の生命、身体の安全を確保しなければならない積極的な注意義務(安全確保義務)を区別し、引率登山と自主登山は、リーダーの安全確保義務の有無による区別と捉える考え方もある⁷⁾。

②営利型、非営利型

ツアー登山等営利を目的とする場合(営利型)と学校行事のように営利を目的としない場合(非営利型)の区別である。

③成年型、未成年型

参加者が、登山者として通常の体力、技術及び判断能力等を備えているか又はこれを備えるべきである者である場合(成年型)と登山者として通常の体力、技術及び判断能力等が劣っ

ているとみられる者である場合(未成年型)の区別である。

本稿の問題意識は、この成年型の参加者のうち高齢者は、登山者として通常の体力等を備えているか又はこれを備えるべき者として取り扱って良いのか、登山形態として高齢型というべき登山形態を加えるべきではないかと言い換えることができる。

(3)ツアー登山のような営利型の引率登山の場合や学校行事の登山のような未成年者の引率登山の場合にはリーダーは最も高い注意義務が課せられ、社会人山岳会の登山のような成年型の自主登山の場合にはリーダーの注意義務は最も低くなり、そもそも認められない場合もあるとされている。

但し、以上は大雑把な分類であり、その他、主催者が自治体等一定の注意義務を負っている者か、参加者のレベルはどの程度か、行き先はどの程度の技術を要する山かなどの個別的要素を総合的に考慮して具体的な注意義務の程度は決められる。

3 裁判例

健康状態の把握が問題となったスポーツ事故事例が2つある。

①浦和地判昭和60年7月19日判タ567号200頁

【事案】教育委員会主催の一般社会人を対象とする水泳教室に参加した主婦が、水泳中に急性心不全により死亡した事故である。

【争点】健康診断義務の有無

【要旨】「本件水泳教室は、前記認定のとおり富士見市内在住勤務の一八歳以上の社会人を対象とし、社会教育活動の一環として行なわれているものである。社会人を対象とする健康診断は、学校における児童、生徒に対する集団検診の場合とは異なり、事前に対象者全員の参加を求めて健康診断等の必要性の周知徹底をはかつたり、健康診断を実施したりすることは一般に困難な場合が多く、また、受講者の年齢等に鑑みれば、これらの人々は、各自が自己の健康状態と水泳のもつ危険性について、認識し判断する能力を有しているものと言える。さらに、健康診断等は水泳不適格者

を発見し事故の発生を未然に防止するための唯一の方法ではなく、受講者に対し、健康状態に関する十分な注意を与え、体調の悪い人は泳がないように注意することによっても危険の発生を相当程度防止することができる(※1)のものであり、現に本件水泳教室においても、前記のとおり、講師らが練習開始前に毎回健康状態及び水泳練習についての注意を与え、本件事故当日も、節子を含む受講者全員に対し、健康状態の悪い人はプールに入らないように、また、プールに入っている気分が悪くなった場合には直ちにプールから上がるように注意していたのである。そして、受講者は、本件水泳教室において健康診断等が行なわれないことを案内書等により知り得たのであり、自己の自由意思により参加したものであるから、健康状態に不安のある人は自主的に医師の診断を受けるべきであったのである。加えて、民間で行なわれている有料の水泳教室及び地方公共団体が開設し使用料を徴収している公営プールにおいても、参加者または入場者に対し、健康診断等が行なわれていないことは公知の事実である。

(二) 以上に述べたところを総合すると、本件のような地方公共団体による無料の、しかも一八歳以上の社会人を対象とする自由参加の水泳教室において、主催者ないし担当職員、指導監視員に健康診断等を実施する義務があるということはいできない。」

【コメント】この裁判例は、プール事故に関するものであるが、水泳は、突然の体調不良で直ちに生命・身体の危機にさらされやすいスポーツ類型ということでは登山と共通点があり、参考となる。登山事故に置き換えて事案の把握をすると、引率登山・非営利型・成年型の事案類型である。主催者が、参加者の生命、身体の安全を確保する義務を負っていることを前提とされている。そのうえで、慣行、参加者の能力や代替手段を検討し、主催者は「健康診断義務」を負わないと判断した。

但し、争点ではなく裁判例は正面から述べていないため推測の域を出ないが、参加者の健康状態をあらかじめ把握することについて、主催者が何もしなくても構わないとは考えていないと思われる。裁判例は※1のとおり述べており、水泳不

適格者を発見するため、参加者に健康管理を促すことは必要であることを前提としていたのではないと思われる。

②津地判平成4年9月24日判タ1244号135頁

【事案】市の消防士が耐寒訓練中の登山に参加して労作性狭心症による不整脈で死亡した事故である。

【争点】安全配慮義務違反行為の有無

【要旨】「被告消防本部としては、亡Iが長期の休暇を取るころから同人が心臓に疾患を有する者であったこと、職場復帰の際にはそれか完治しておらず、軽作業程度の勤務が可能であったことを認識していたものであり、更に同人の直接の上司であるNは、その後も亡Iの右疾患は完治しておらず、本件訓練も通院治療中であったことを認識していたのであるから、被告消防本部も組織体として右の事実を認識していたものと認めるのが相当である。

そして、先に認定したとおり、本件訓練は厳寒期における登山であって、亡Iの担当職務(消防、救急業務)以外のものであり、しかも肉体的負担の大きいものであったから、心臓疾患を有する亡Iを本件訓練に参加させる必要性は認めかたいし、また、参加させた場合には不測の事態が発生する可能性もあったのであるから、被告消防本部は、同人に対し、本件訓練への参加を免除し、公務執行の過程において、同人の生命、身体が危険にさらされないように配慮すべき義務があったのに、これを怠り同人を右訓練に参加させ、労作性狭心症による不整脈により同人を死亡させたものであるから、被告は同人の死亡による損害を賠償する義務がある。」

「確かに、本件訓練の時点に限って考えれば、それまでの亡Iの外形や行動等から被告消防本部の予見可能性としては、被告の主張のようにいえなくもない。しかしながら、前記3で認定説示したように、被告消防本部は、亡Iの職場復帰の際には、同人の労作性狭心症が完治していないことを認識していたのであるから、本件訓練による同人の不整脈による死まではともかくとして、同人に負荷の高い運動をさせれば、心臓発作等により

不測の事態が発生する可能性を予見することは可能であったと認められる。しかも、前記認定事実によれば、職場復帰後も個々の職員には亡Iがニトログリセリン舌下錠を服用するなど同人の病歴を認識していた者か少なからずいたことが認められることも考慮すると、被告消防本部には、亡Iの職場復帰後、労務管理の一環として継続的に同人の健康状態を把握する義務があったにもかかわらず、その義務を尽くさなかった故に、本件訓練の時点では、被告の主張のような予見可能性になってしまったのである。すなわち、もし被告において、亡Iに対して継続的な健康把握義務を尽くしておれば、本件訓練の時点で亡Iが労作性狭心症による不整脈で死亡する事態を予見することも決して不可能ではなかったのである。」

「亡Iは、定期健康診断の問診の際に、狭心症で通院中であるなどの話をしていなかったこと、本件訓練について、主治医に相談せず、被告消防署にも不参加の申出をしていなかったことが認められ、本件被災の発生、拡大に亡Iの不陳述、非相談が関与していたことは疑いないが、一方で、心臓疾患であることを認識しながら長期間にわたって継続的な健康把握義務を怠っていた被告の過失も重大であること、職場復帰当初、亡Iが事務系統への異動を希望していたのに果たされなかったこと（関係各証拠によると、被告消防署の体制が許さなかった事情は認められるが、その合理性については認めるに足りる証拠はない。）、同人は私生活では療養に十分努めており、病状悪化の危険因子となるのは仕事関係だけであったこと、同人が仕事熱心で、真面目な性格であり、定期健康診断の問診の際や本件訓練について、病状の説明や不参加の申出をしなかったのはそれなりにうなづけること、本件訓練は、特に現場勤務である消防署の一般職員には、参加に義務感を感じさせるものであったことなども認められる。

しかしながら、亡Iの本件訓練中の死亡は、同人の心臓疾患という素因に基づくものであることが明らかであるから、損害の公平な分担を図るという過失相殺の趣旨に照らして、同人が本件訓練に不参加の上申をしなかった点は同人の過失として、損害額の算定にあたり三割を斟酌すべき

である。」

【コメント】この裁判例も引率登山・非営利型・成年型の事案類型である。市が安全配慮義務を負っていることに争いは無い。そのうえで、消防士が心臓疾患を有し、完治してないことを市が認識していたこと、それなのに厳寒期における登山訓練に参加させたことから、市の安全配慮義務違反行為を認めた。安全配慮義務を負う者が心臓疾患を負う者の存在を認識した場合、事前及び直前に体調不良の者は申し出るように通知、注意していたとしても、訓練参加の免除という積極的な行動が求められている。

また消防署における労務管理という特殊性もあるが、亡Iが心臓疾患を有することを認識している場合、継続的な健康把握義務を果たすべきとされ、積極的な情報収集が求められている。

訓練に不参加の上申をしなかった点をもって3割の過失相殺をしている。参加が義務的なものであったことなどが考慮されて3割に止まっているが、自己責任が強く意識されていると思われる。

第5 高齢者の健康状態把握義務の検討

1 事例の提示

登山の事故態様は友人同士の登山、ツアー登山など様々なものがあり、それらすべてを検討することはできない。そこで、議論を容易にするため、次の事例を念頭に検討を進め、私見を述べたい。

長年趣味で登山を続けてきたAは、町内会で役員をしており、会員高齢者の健康促進のため、夏山日帰り登山を町内会として企画し、募集した。募集に当たっては、日時行き先や既往症がある場合は申し出ることなど一般的な注意事項をチラシに記載して配り、参加費は、特には徴収していない。

企画には5名ほど応募があった。参加者の中に、生活習慣病の既往症を有するB（67歳）がおり、このことはAも知っていたが、現在も治療中かは知らず、申し込んできた以上大丈夫であろうと、何も聞かなかった。

登山当日、快晴であった。Aは、登山前に体

調不良の者はいないか確認したが、参加者から特に申出は無かった。しかし、登山途中、Bが心筋梗塞を発症し、死亡してしまった。

Aは何らかの法的責任を負うのか。

2 事例の検討

(1) 事例は、Aが自身の経験を活かして登山を企画し、参加者を募集したものであり、引率登山・非営利型・成人型の事案類型である。Aは、それなりの登山経験があり、町内会の役員として、会員を安全に登山に連れて行くことが求められ、参加者も期待していると解されるため、比較的高度な参加者の生命、身体の安全を確保する義務をAは負っている。

(2) Aは、事前に既往症がある場合は申し出ることを通知し、直前に体調不良の方は申し出るように注意しているが、注意義務を果たしたと言えるのであろうか。

ア 参加者の生命、身体の安全を確保するためには、適切な参考計画を立てる必要があり、参加者の健康状態、能力の把握は不可欠である。前出浦和地判の事例と参考事例は類似の事案類型であり、(次に述べる高齢者が参加者である点を除き、) 注意義務の程度について区別する必要はないと思われる。

では参加者が高齢者である事例の場合、成年型と注意義務の程度は異なるのか。前出浦和地判は、「受講者の年齢等に鑑みれば、これらの人々は、各自が自己の健康状態と水泳のもつ危険性について、認識し判断する能力を有している」ことを成年型の特徴ととらえている。判断能力と言う点では、高齢者はむしろ優れている場合も多く、成年型から高齢者を特別に区別する必要は無い。

しかし、高齢者の登山事故は、登山者自身が、心身の加齢変化や慢性疾患によって自身の能力を見誤ることで発生することが多い点に特徴がある。事故を減らすためには、登山者自身に自分の能力を正確に理解してもらうべきであり、自身の能力を知るためにはメディカルチェック(健康診断)が有効である。高齢者の山岳遭難事故増加が社会的問題になっている昨今、高齢登山者に対する社会

的要請は強く、リーダー等に後見的役割を求めることにも一定の理由はあると思われる。

もっとも、前出浦和地判で述べている通り、学校などとは異なり、事例のような町内会が登山企画の度に健康診断を実施しろというのは非現実的である。また慢性疾患を有することの多い高齢者は、その多くに主治医がついており、単発の健康診断よりも主治医の意見を聞いた方が費用対効果は良い。

そうすると、リーダー等に求められる高齢登山者の健康状態把握義務の程度は、若・壮年登山者に対するものより若干重いものとなる。若・壮年登山者は健康状態に不安の無い人が大半であることが前提であり、前出浦和地判に従えば、健康状態について十分な注意を促して、不安のある参加者が自主的に健康診断を受けるべきであるとされる。対して、高齢登山者は健康状態に不安がある人が大半であることを前提とすべきであり、健康状態について十分な注意を促すことに加え、主治医への相談を積極的に促し、聞き取り等で健康状態の把握に努めるべきである。

事例においてAは、高齢者の特質を踏まえた注意喚起を行っているとは言えず不十分である。もっとも、参加者に対して既往症がある場合は申し出るように通知しており、内容次第では主治医への相談等を促しているとも取れるので、この点のみを捉えれば、不当の問題に止まり、違法とまでは言えない。

イ しかし、加えて、事例においてAは、Bの既往症があることを知っていた。高齢者の特徴である慢性疾患を有する可能性が、Bに関しては一般の高齢者より高い事例である。

前出津地判で明らかなおとおり、生命、身体の安全を確保する義務を負う者がその危険因子を認識した場合には、登山への参加拒否等積極的な行動が求められる。

Aは、Bの申出を待つのみでは足りず、積極的な聞き取り、場合によっては参加を控えるよう促すことが求められていた。したがって、事例におけるAの注意喚起では、注意義務を果たしたとは言えない。

(3)実際に損害賠償等の責任をAが負うことになるかは、Aの健康状態把握義務違反行為に基づいて作成された登山計画のもとで、Aの行為に起因してBの心臓疾患が発症したと言えるか、因果関係の問題を精査したうえで判断されることになる。

第6 まとめに代えて～高齢登山者の健康状態申出責任

1 登山をすることは自由であり、誰でも年を取るものである。日ごろのトレーニング、健康診断など健康管理、そして自身が登山に向いているかの判断は、前出浦和地判も述べている通り、第一次的には高齢登山者自身が注意すべきことである。この点は未成年型と大きく異なり、言い過ぎと言われるのを覚悟であえて言えば、登山パーティーのリーダー等は山岳事故の一端を担ってしまったに過ぎないと言うべきである。

そのため、高齢登山者自身が健康状態を申し出るなどの健康管理を怠った場合には、大幅な過失相殺や素因減額が想定される。

前出津地判は、訓練登山への参加が義務的であったことなどが考慮されて3割に止まっているが、事例のような場合には、より大幅な過失相殺・素因減額がされる。登山パーティーのリーダー等

は山岳事故の一端を担ってしまったに過ぎないと考えれば、損害の衡平な分担の見地からはやむを得ないと思われる。

この意味で、高齢登山者自身も健康状態申出責任を負っていることが認識されるべきである。

2 本稿では、高齢者の山岳遭難事故が増加していることから、事故減少のため、高齢者の法的問題を検討した。そして、登山態様における成年型の中で高齢者については特別の配慮を要し、参考事例のような事案では、健康状態について十分な注意を促すことに加え、主治医への相談を積極的に促し、聞き取り等で健康状態の把握に努めるべきことを論じた。

もう一点、私は、本稿では、高齢登山者のグループにおけるリーダーが責任を負わなくて済むにはどうすれば良いか、という意識をもって論述している。登山はとても楽しく、健康的で感動的なものであり、事例のようなボランティアのリーダーが民事刑事責任の不安によって計画を自粛するようなことがあってはならないと考えるからである。あくまで一考察に過ぎず、今後、友人同士の登山の場合、ツアー登山の場合と検討を広げる必要があるが、ひとまず、リーダーの不安を少しでも取り除くことに寄与できれば幸いである。

1 総務省「統計トピックス No.96 登山・ハイキングの状況ー山の日にちなんでー」平成28年8月10日

2 警視庁生活安全局地域課「平成27年における山岳遭難の概要」平成28年6月16日

3 前出²

4 以上につき、堀井晶子「V 中・高年登山における注意」日本登山医学会「登山の医学ハンドブック 第2版」159頁(株式会社杏林書院、第1版、2009年9月1日)

5 前出⁴、角田朋司「百名山登頂ドクターの山

歩き健康法」14頁以下参照。

6 なお、無罪推定の原則の意識からか、刑事責任の方が責任が認められる場面が少ないと考えられているが、実際は民事不法行為責任と刑事責任との間における過失の認定で有意な差はないと思われる。

7 溝手康史「山岳事故の法的責任」17頁(ブイツーソリューション、第1版、2015年2月28日)、その他の点でも多く参考にさせて頂いた。

専門実務研究会 1～11号 論文一覧(研究会別)

研究会名	掲載号	タイトル	執筆者
倒産法研究会 (総掲載数 1本)	2号	破産管財人の担保価値維持義務と善管注意義務	前田 康行
マンション法研究会 (総掲載数 11本)	1号	マンションの管理組合総会の手続と実務上の諸問題	三品 篤・河住 志保
	2号	マンション管理組合の当事者能力、管理規約の成立要件	田上 尚志
	3号	区分所有法上の「特定承継人」の責任	堀之内 和英
	4号	管理費滞納と区分所有法59条に基づく競売請求	藤田 章弘
	5号	不在組合員に対する負担金賦課の適法性	波田野 馨子
	6号	マンション標準管理規約の改正と検討課題	若林 大介
	7号	団地に関する一考察	松田 道佐
	8号	マンションの給水管等の更新に関する諸問題	濱田 卓
	9号	「特別の影響」に関する一考察	佐々木 好一
	10号	マンションの共用部分等について生じた不当利得返還請求権の行使について —平成27年9月18日最高裁第二小法廷判決—	小平 展洋
	11号	マンションの敷地に関する2つの事例	濱田 卓
知的財産法研究会 (総掲載数 10本)	2号	「用途発明」に関する考察	中道 徹
	3号	営業秘密入門	中道 徹
	4号	特許侵害訴訟提起の前に	中道 徹
	5号	国際取引における契約締結上の過失責任の準拠法 —cic責任の法性決定と送致範囲の画定について—	田野 賢太郎
	6号	特許権の存続期間の延長登録出願を巡る最近の判例と審査基準の改訂 ～「パシーフカプセル30mg」事件を中心に～	中道 徹
	7号	通商交渉を契機とする新たな知的財産保護立法をめぐる考察:我が国における地理的表示(GI)保護制度の検討に係る考慮事項 —WTO紛争解決事例(DS174/DS290)から得られる示唆を踏まえて—	田中 佐知子
	7号	プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈 ～揺らぐ物の発明の意義～	中道 徹
	8号	秘密保持契約についての若干の考察	田野 賢太郎
	10号	弁護士の眼・弁理士の眼 ～横浜弁護士会知的財産法研究会と日本弁理士会・関東支部・神奈川委員会との合同研究会成果報告～	大堀 健太郎/岡田 健太郎/亀井 文也 /中道 徹/佐久間 重吉/保科 敏夫/ 青木 充/樋口 正樹
	11号	職務発明と労働法規制についての一考察	岡田 健太郎
	会社法研究会 (総掲載数 7本)	1号	新会社法と監査役・監査委員会制度 —効果的な経営監視機能の強化の観点から—
2号		種類株式とその活用について	北島 美樹
2号		敵対的買収防衛策導入にあたっての若干の法的考察 —いわゆる事前警告型防衛策を中心として—	高橋 理一郎/西村 将樹
3号		事業承継の諸問題	高橋 理一郎/飯島 俊/紺野 晃男/新開 崇弘/中村 真由美
4号		企業秘密の保持と契約法 —実務上の観点からの若干の考察—	高橋 理一郎/紺野 晃男/佐藤 麻子
6号		コンプライアンスの理念と弁護士の役割	橋本 吉行/岡部 健一/河野 雄太
9号		新株発行の無効の訴えにおける無効事由について	芳賀 良(横浜国立大学教授)
金融取引法研究会 (総掲載数 3本)	1号	「不招請勧誘の禁止」とその効用	石戸谷 豊
	2号	損失補てんを巡る諸問題	武井 共夫
	7号	金融商品訴訟における適合性原則と説明義務	浅川 壽一
不動産法研究会 (総掲載数 11本)	1号	登記法の改正と実務上の諸問題	立川 正雄
	2号	借地の諸問題	立川 正雄/及川 健一郎/関戸 淳平/ 横山 宗祐/篠田 貴和/小木 正和/野竹 秀一/原田 満
	3号	借地の諸問題(その2)	立川 正雄/及川 健一郎/関戸 淳平/ 横山 宗祐/篠田 貴和/小木 正和/野竹 秀一/原田 満
	4号	不動産売買と破産・民事再生・会社更生手続	立川 正雄/関戸 淳平/及川 健一郎
	5号	不動産賃貸借と破産・民事再生・会社更迭	立川 正雄/原田 満/川村 健二
	6号	地震災害における不動産法務	立川 正雄/及川 健一郎/篠田 貴和/ 小木 正和/野竹 秀一/原田 満/久保 豊/川村 健二/西内 洋人
	7号	サブリース契約による賃貸管理	立川 正雄/及川 健一郎
	8号	消費者契約法と不動産取引(その1)	立川 正雄/及川 健一郎
	9号	消費者契約法と不動産取引(その2)	立川 正雄/及川 健一郎

研究会名	掲載号	タイトル	執筆者	
不動産法研究会 (総掲載数 11本)	10号	マイナンバーと不動産取引	立川 正雄／及川 健一郎／高梨 翔太	
	11号	宅地建物取引業法の諸問題(その1)	立川 正雄／及川 健一郎／篠田 貴和／野竹 秀一／高梨 翔太	
遺言・相続研究会 (総掲載数 1本)	9号	非嫡出子相続分規定の違憲決定による実務的な影響 —平成25年9月4日最高裁大法廷決定—	海江田 誠	
家族法研究会 (総掲載数 4本)	5号	不貞慰謝料 夫婦の一方と不貞をした第三者は、他方配偶者に対し、不法行為責任を負うか	川島 志保／中村 真由美	
	6号	面会交流実現のための代理人の仕事	川島 志保／中村 真由美	
	7号	養育費・婚姻費用の算定	川島 志保／中村 真由美	
	10号	子の監護に関する処分の一事例	中村 真由美	
インターネット法律研究会 (総掲載数 5本)	3号	プロバイダ責任制限法による発信者情報開示の現状と課題	内山 浩人	
	5号	情報漏洩問題における管理者責任判断の枠組み	三浦 靖彦	
	7号	クラウドを巡るいくつかの法的問題に関する若干の考察	飯田 直久／三浦 靖彦／遠藤 政尚／中野 智昭	
	9号	インターネットや電子データを利用した犯罪に関する考察	栗野 庸司	
	11号	「忘れられる権利」と近時の裁判例の動向	内山 浩人	
行政法研究会 (総掲載数 4本)	4号	住民訴訟の諸問題 —全国都道府県議会議員野球大会をめぐる判例を素材に—	上平 加奈子／川島 明子／佐久間 重吉／中村 真由美／中村 律夫／本間 豊／森田 明	
	5号	学校における懲戒権行使の実務的考察 —グラビアアイドル退学処分事件を題材に—	野澤 哲也	
	6号	高齢者虐待防止法第9条第2項「やむを得ない措置」の法的性質	中村 真由美	
	8号	建築確認において、建築主事等が負う職務上の法的義務について	中村 真由美	
独占禁止法研究会 (総掲載数 11本)	1号	独禁法違反の処理手続と民事訴訟手続の現状	鈴木 満	
	2号	不公平な取引方法に関する事例研究	浦田 修志／畑中 隆爾	
	3号	課徴金事件の判審決における争点の整理	鈴木 満	
	4号	平成21年度独禁法改正の概要と課題	鈴木 満	
	5号	高まる独禁法・下請法リスク —生産部門の下請法リスク・仕入部門の独禁法リスクを中心に—	鈴木 満	
	6号	大規模小売業者の優越的地位の濫用への初の課徴金賦課 —山陽マルナカ独禁法違反事件—	鈴木 満	
	7号	日本の課徴金減免制度の現状と特徴	鈴木 満	
	8号	独占禁止法の「域外適用」の現状と課題 —主要事例の検証を踏まえて—	鈴木 満	
	9号	下請企業の利益を保護する下請代金支払遅延等防止法	鈴木 満	
	10号	独占禁止法24条の現状と課題	田鍋 智之	
	11号	独占禁止法審査手続に関する指針について	島津 圭吾	
債務者の権利研究会 [旧:商工ローン研究会] (総掲載数 8本)	3号	商工ローン研究会の歩みと利息制限法潜脱との戦い	荻原 洋子	
	4号	充当に関する最高裁の軌道修正 —議論の混乱を整理するために—	荻原 洋子	
	5号	充当に関する「原則に戻った再整理」 —議論の混乱終息へ—	荻原 洋子	
	6号	保証人被害根絶に向けて金融庁の監督指針を活かそう!横浜商工ローン研究会の弁護士団事件の結末など	荻原 洋子	
	7号	43条厳格解釈の歴史と取締役責任訴訟の現状 最高裁平成24年9月28日弁論の意義 その他、実務に役立ついくつかの情報について	荻原 洋子	
	8号	残された課題は遅延損害金と上限金利の引下げ —利息制限法制定時の議論とその後の法改正国民主権を破壊するTPPのISDS条項	荻原 洋子	
	9号	「よりよい民法改正のため」から「民法体系の総入れ替え反対」へ —特に、第三者個人保証について—	荻原 洋子	
	10号	「借金から脱出する権利」の確立に向けて 問題は多重債務から過重債務へ 利息制限法上限金利引下実現全国会議の9年間の成果から	荻原 洋子	
	環境法実務研究会 (総掲載数 5本)	2号	ごみ処理の広域化とゼロ・ウェイスト政策	岩橋 宣隆
		4号	我が国における外来生物対策の現状と展望	小倉 孝之
5号		わが国の治水のあり方について	宮澤 廣幸	
6号		北川湿地事件報告 —身近な自然を守ることの難しさ—	小倉 孝之	

研究会名	掲載号	タイトル	執筆者
環境法実務研究会 (総掲載数 5本)	11号	神奈川の林地・緑地保全と開発	幸 裕子／小倉 孝之／大森 望／畑中 隆爾／新倉 武／宮澤 廣幸／大島 正寿 ／鈴木 洋平
債権回収研究会 (総掲載数 1本)	7号	「預金額最大店舗指定方式」による債権差押命令申立てについての一考察	北嶋 祐介／砂子 昌利
交通事故損害賠償研究会 (総掲載数 4本)	6号	交通事故損害賠償における労災保険給付と損害の填補	常磐 重雄
	8号	脳外傷による高次脳機能障害の訴訟上の認定方法に関する考察	伊藤 武洋
	9号	脳脊髄液減少症の診断基準と裁判例の分析 —厚生労働省の中間報告と横浜地方裁判所平成24年7月31日判決を契機として—	天野 康代／狩倉 博之／神足 嘉穂／坂 本 真史／杉原 弘康／鈴木 亮／中野 智昭／三浦 靖彦／山本 紘太郎／吉田 瑞穂
	11号	交通事故損害賠償における介護保険給付をめぐる諸問題について ～将来介護費用の公平な分担を中心に～	常磐 重雄
スポーツ法研究会 (総掲載数 3本)	9号	スキー場における安全管理の在り方について	徳田 暁／松原 範之
	10号	スポーツ事故における武道・格闘技の理解と判例	濱田 玄樹／阿部 新治郎
	11号	高齢者登山における健康状態把握義務と申出責任についての一考	山本 紘太郎
情報問題対策委員会有志 (総掲載数 8本)	3号	弁護士業務と個人情報保護制度に関する判例と実務の動向	松田 道佐／飯田 伸一／佐藤 直大／前 田 一／三嶋 健／杉本 朗／森田 明
	4号	情報公開条例における文書不存在に関する横浜市審査会答申の検討	前田 一／飯田 伸一／佐藤 直大／松田 道佐／森田 明
	5号	個人情報保護をめぐる損害賠償にかかる最近の裁判例	飯田 伸一／小口 千恵子／前田 一／宮 崎 裕子／森田 明／安永 佳代
	7号	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例	飯田 伸一／中野 智昭／勝山 勝弘／笠 間 透／宮崎 裕子
	8号	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例(2)	飯田 伸一／梅村 嘉久／中野 智昭／笠 間 透／福田 英訓
	9号	個人情報保護をめぐる最近の判例	小野 浩奈／中野 智昭／松田 道佐／笠 間 透／飯田 伸一
	10号	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例(3)	齋藤 宙也／森田 明／福田 英訓／中野 智昭／飯田 伸一
	11号	情報公開の差し止め—逆FOIAの実情—	森田 明／中野 智昭／山辺 直義／福田 英訓／井筒 聡美
刑事弁護センター運営委員会有志 (総掲載数 1本)	10号	身体拘束に対する裁判所の意識の変化と弁護活動について	齋藤 守／彦坂 幸伸
個人 (総掲載数 16本)	3号	2項道路の今日的課題を考える —最高裁平14.4.12 判決後の実務を中心として—	清水 規廣
	4号	最近の地方自治法改正 —地方議会議員の法的位置付けをめぐる—	仁平 信哉
	5号	周辺住民による完成直前のマンション建築確認取消判決(最高裁で確定) 補論 行訴法3条6項義務付け訴訟裁判	川上 英一
	5号	大量増員時代の弁護士をとりまく現状と課題に関する若干の考察 —米国弁護士との比較的視点を交えて—	高橋 理一郎／佐藤 麻子
	5号	裁判員裁判の実際	妹尾 孝之
	6号	【特別寄稿】弁護士の業務領域拡大に関する小考	李 載鎮
	6号	弁護士による被害者支援について	武内 大徳
	6号	裁判員裁判における情状弁護	齋藤 守／妹尾 孝之
	7号	損害賠償命令とその民事訴訟移行について	大澤 晶子
	7号	刑事弁護活動と国家賠償請求事件に関する報告	深澤 詩子
	8号	改定入管法における在留資格取消制度 主に日本人の配偶者等の在留資格について	飯田 学史
	8号	不動産取引への消費者契約法の適用 —主に事業者の立場から—	二川 裕之
	9号	情報公開法等に基づく決定における理由提示をめぐる問題 —内閣府情報公開・個人情報保護審査会の答申から—	森田 明
	9号	人身取引被害の民事的救済	尾家 康介
	10号	不動産賃貸借に基づく動産の先取特権を活用した悪質な賃借人からの早期な建物明渡しの検討	鈴木 洋平
	11号	虐待が疑われる乳幼児頭部外傷について、法的観点からの考察	中野 智昭

専門実務研究会 1～11号 論文一覧(号数別)

号数	掲載順	タイトル	執筆者
1号	1	マンションの管理組合総会の手続と実務上の諸問題	三品 篤／河住 志保(マンション法研究会)
	2	「不招請勧誘の禁止」とその効用	石戸谷 豊(金融取引法研究会)
	3	新会社法と監査役・監査委員会制度 －効果的な経営監視機能の強化の観点から－	高橋 理一郎(会社法研究会)
	4	独禁法違反の処理手続と民事訴訟手続の現状	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	5	登記法の改正と実務上の諸問題	立川 正雄(不動産法研究会)
2号	1	マンション管理組合の当事者能力、管理規約の成立要件	田上 尚志(マンション法研究会)
	2	破産管財人の担保価値維持義務と善管注意義務	前田 康行(倒産法研究会)
	3	損失補てんを巡る諸問題	武井 共夫(金融取引法研究会)
	4	種類株式とその活用について	北島 美樹(会社法研究会)
	5	敵対的買収防衛策導入にあたっての若干の法的考察 －いわゆる事前警告型防衛策を中心として－	高橋 理一郎／西村 将樹(会社法研究会)
	6	不公平な取引方法に関する事例研究	浦田 修志／畑中 隆爾(独占禁止法研究会)
	7	ごみ処理の広域化とゼロ・ウェイスト政策	岩橋 宣隆(環境法研究会)
	8	「用途発明」に関する考察	中道 徹(知的財産法研究会)
9	借地の諸問題	立川 正雄／及川 健一郎／関戸 淳平／横山 宗祐／篠田 貴和／小木 正和／野竹 秀一／原田 満(不動産法研究会)	
3号	1	課徴金事件の判決における争点の整理	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	2	区分所有法上の「特定承継人」の責任	堀之内 和英(マンション法研究会)
	3	プロバイダ責任制限法による発信者情報開示の現状と課題	内山 浩人(インターネット法律研究会)
	4	弁護士業務と個人情報保護制度に関する判例と実務の動向	松田 道佐／飯田 伸一／佐藤 直大／前田 一／三嶋 健／杉本 朗／森田 明(情報問題対策委員会有志)
	5	借地の諸問題(その2)	立川 正雄／及川 健一郎／関戸 淳平／横山 宗祐／篠田 貴和／小木 正和／野竹 秀一／原田 満(不動産法研究会)
	6	営業秘密入門	中道 徹(知的財産法研究会)
	7	2項道路の今日的課題を考える －最高裁平14.4.12 判決後の実務を中心として－	清水 規廣
	8	商工ローン研究会の歩みと利息制限法潜脱との戦い	荏原 洋子(商工ローン研究会)
	9	事業承継の諸問題	高橋 理一郎／飯島 俊／紺野 晃男／新開 崇弘／中村 真由美(会社法研究会)
4号	1	管理費滞納と区分所有法59条に基づく競売請求	藤田 章弘(マンション法研究会)
	2	情報公開条例における文書不存在に関する横浜市審査会答申の検討	前田 一／飯田 伸一／佐藤 直大／松田 道佐／森田 明(情報問題対策委員会有志)
	3	不動産売買と破産・民事再生・会社更生手続	立川 正雄／関戸 淳平／及川 健一郎(不動産法研究会)
	4	充当に関する最高裁の軌道修正 －議論の混乱を整理するために－	荏原 正道(商工ローン研究会)
	5	最近の地方自治法改正 －地方議会議員の法的位置付けをめぐる－	仁平 信哉
	6	企業秘密の保持と契約法 －実務上の観点からの若干の考察－	高橋 理一郎／紺野 晃男／佐藤 麻子(会社法研究会)
	7	特許侵害訴訟提起の前に	中道 徹(知的財産法研究会)
	8	住民訴訟の諸問題 －全国都道府県議会議員野球大会をめぐる判例を素材に－	上平 加奈子／川島 明子／佐久間 重吉／中村 真由美／中村 律夫／本間 豊／森田 明(行政法研究会)
	9	平成21年度独禁法改正の概要と課題	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	10	我が国における外来生物対策の現状と展望	小倉 孝之(環境法実務研究会)
5号	1	高まる独禁法・下請法リスク －生産部門の下請法リスク・仕入部門の独禁法リスクを中心に－	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	2	不在組合員に対する負担金賦課の適法性	波田野 馨子(マンション法研究会)
	3	個人情報保護をめぐる損害賠償にかかる最近の裁判例	飯田 伸一／小口 千恵子／前田 一／宮崎 裕子／森田 明／安永 佳代(情報問題対策委員会有志)
	4	国際取引における契約締結上の過失責任の準拠法 －cic責任の法性決定と送致範囲の画定について－	田野 賢太郎(知的財産法研究会)
	5	不動産賃貸借と破産・民事再生・会社更生	立川 正雄／原田 満／川村 健二(不動産法研究会)
	6	周辺住民による完成直前のマンション建築確認取消判決(最高裁で確定) 補論 行訴法3条6項義務付け訴訟裁判	川上 英一

号数	掲載順	タイトル	執筆者
5号	7	情報漏洩問題における管理者責任判断の枠組み	三浦 靖彦(インターネット法律研究会)
	8	学校における懲戒権行使の実務的考察 ーグラビアアイドル退学処分事件を題材にー	野澤 哲也(行政法研究会)
	9	大量増員時代の弁護士をとりまく現状と課題に関する若干の考察 ー米国弁護士との比較的視点を交えてー	高橋 理一郎/佐藤 麻子
	10	わが国の治水のあり方について	宮澤 廣幸(環境法実務研究会)
	11	充当に関する「原則に戻った再整理」 ー議論の混乱終息へー	荏原 正道(商工ローン研究会)
	12	不貞慰謝料 夫婦の一方と不貞をした第三者は、他方配偶者に対し、 不法行為責任を負うか	川島 志保/中村 真由美(家族法研究会)
	13	裁判員裁判の実際	妹尾 孝之
6号	1	【特別寄稿】弁護士の業務領域拡大に関する小考	李 載鎮
	2	大規模小売業者の優越的地位の濫用への初の課徴金賦課ー山陽マルナカ独禁法違反事件ー	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	3	コンプライアンスの理念と弁護士の役割	橋本 吉行/岡部 健一/河野 雄太(会社法研究会)
	4	地震災害における不動産法務	立川 正雄/及川 健一郎/篠田 貴和/小木 正和/野竹 秀一/原田 満/久保 豊/川村 健二/西内 洋人(不動産法研究会)
	5	交通事故損害賠償における労災保険給付と損害の填補	常磐 重雄(交通事故損害賠償研究会)
	6	特許権の存続期間の延長登録出願を巡る最近の判例と審査基準の改訂 ～「パシーフカプセル30mg」事件を中心に～	中道 徹(知的財産法研究会)
	7	面会交流実現のための代理人の仕事	川島 志保/中村 真由美(家族法研究会)
	8	弁護士による被害者支援について	武内 大徳
	9	マンション標準管理規約の改正と検討課題	若林 大介(マンション法研究会)
	10	北川湿地事件報告 ー身近な自然を守ることの難しさー	小倉 孝之(環境法実務研究会)
	11	裁判員裁判における情状弁護	齋藤 守/妹尾 孝之
	12	高齢者虐待防止法第9条第2項「やむを得ない措置」の法的性質	中村 真由美(行政法研究会)
	13	保証人被害根絶に向けて金融庁の監督指針を活かそう横浜商工ローン研究会の弁護団事件の結末など	荏原 洋子(商工ローン研究会)
7号	1	日本の課徴金減免制度の現状と特徴	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	2	損害賠償命令とその民事訴訟移行について	大澤 晶子
	3	サブリース契約による賃貸管理	立川 正雄/及川 健一郎(不動産法研究会)
	4	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例	飯田 伸一/中野 智昭/勝山 勝弘/笠間 透/宮崎 裕子(情報問題対策委員会有志)
	5	団地に関する一考察	松田 道佐(マンション法研究会)
	6	「預金額最大店舗指定方式」による債権差押命令申立てについての一考察	北嶋 祐介/砂子 昌利(債権回収研究会)
	7	刑事弁護活動と国家賠償請求事件に関する報告	深澤 詩子
	8	通商交渉を契機とする新たな知的財産保護立法をめぐる考察:我が国における地理的表示(GI)保護制度の検討に係る考慮事項 ーWTO紛争解決事例(DS174/DS290)から得られる示唆を踏まえてー	田中 佐知子(知的財産法研究会)
	9	クラウドを巡るいくつかの法的問題に関する若干の考察	飯田 直久/三浦 靖彦/遠藤 政尚/中野 智昭(インターネット法律研究会)
	10	プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈 ～揺らぐ物の発明の意義～	中道 徹(知的財産法研究会)
	11	養育費・婚姻費用の算定	川島 志保/中村 真由美(家族法研究会)
	12	43条厳格解釈の歴史と取締役責任訴訟の現状 最高裁平成24年9月28日弁論の意義 その他、実務に役立ついくつかの情報について	荏原 洋子(商工ローン研究会)
	13	金融商品訴訟における適合性原則と説明義務	浅川 壽一(金融取引法研究会)
8号	1	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例(2)	飯田 伸一/梅村 嘉久/中野 智昭/笠間 透/福田 英訓(情報問題対策委員会有志)
	2	脳外傷による高次脳機能障害の訴訟上の認定方法に関する考察	伊藤 武洋(交通事故損害賠償研究会)
	3	消費者契約法と不動産取引(その1)	立川 正雄/及川 健一郎(不動産法研究会)
	4	改定入管法における在留資格取消制度 主に日本人の配偶者等の在留資格について	飯田 学史
	5	不動産取引への消費者契約法の適用 ー主に事業者の立場からー	二川 裕之
	6	秘密保持契約についての若干の考察	田野 賢太郎(知的財産法研究会)
	7	建築確認において、建築主事等が負う職務上の法的義務について	中村 真由美(行政法研究会)

号数	掲載順	タイトル	執筆者
8号	8	残された課題は遅延損害金と上限金利の引下げ —利息制限法制定時の議論とその後の法改正国民権を破壊するTPPのISDS条項—	荏原 洋子(商工ローン研究会)
	9	独占禁止法の「域外適用」の現状と課題 —主要事例の検証を踏まえて—	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	10	マンションの給水管等の更新に関する諸問題	濱田 卓(マンション法研究会)
9号	1	新株発行の無効の訴えにおける無効事由について	芳賀 良(会社法研究会・横浜国立大学教授)
	2	下請企業の利益を保護する下請代金支払遅延等防止法	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	3	情報公開法等に基づく決定における理由提示をめぐる問題 —内閣府情報公開・個人情報保護審査会の答申から—	森田 明
	4	個人情報保護をめぐる最近の判例	小野 浩奈/中野 智昭/松田 道佐/笠間 透/ 飯田 伸一(情報問題対策委員会有志)
	5	「特別の影響」に関する一考察	佐々木 好一(マンション法研究会)
	6	消費者契約法と不動産取引(その2)	立川 正雄/及川 健一郎(不動産法研究会)
	7	脳脊髄液減少症の診断基準と裁判例の分析 —厚生労働省の中間報告と横浜地方裁判所平成24年7月31日判決を契機として—	天野 康代/狩倉 博之/神足 嘉穂/坂本 真史/ 杉原 弘康/鈴木 亮/中野 智昭/三浦 靖彦/ 山本 紘太郎/吉田 瑞穂(交通事故損害賠償研究会)
	8	人身取引被害の民事的救済	尾家 康介
	9	非嫡出子相続分規定の違憲決定による実務的な影響 —平成25年9月4日最高裁大法廷決定—	海江田 誠(遺言・相続研究会)
	10	インターネットや電子データを利用した犯罪に関する考察	栗野 庸司(インターネット法研究会)
	11	スキー場における安全管理の在り方について	徳田 暁/松原 範之(スポーツ法研究会)
	12	「よりよい民法改正のため」から「民法体系の総入れ替え反対」へ —特に、第三者個人保証について—	荏原 洋子(商工ローン研究会)
10号	1	マイナンバーと不動産取引	立川 正雄/及川 健一郎/高梨 翔太(不動産法研究会)
	2	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例(3)	齋藤 宙也/森田 明/福田 英訓/中野 智昭/ 飯田 伸一(情報問題対策委員会)
	3	不動産賃貸借に基づく動産の先取特権を活用した悪質な賃借人からの早期な建物明渡しの検討	鈴木 洋平
	4	弁護士の眼・弁理士の眼 ～横浜弁護士会知的財産法研究会と日本弁理士会・関東支部・神奈川県委員会との合同研究会成果報告～	大堀 健太郎/岡田 健太郎/亀井 文也/中道 徹/ 佐久間 重吉/保科 敏夫/青木 充/樋口 正樹(知的財産法研究会)
	5	マンションの共用部分等について生じた不当利得返還請求権の行使について —平成27年9月18日最高裁第二小法廷判決—	小平 展洋(マンション法研究会)
	6	「借金から脱出する権利」の確立に向けて 問題は多重債務から過重債務へ 利息制限法上限金利引下実現全国会議の9年間の成果から	荏原 洋子(商工ローン研究会)
	7	子の監護に関する処分の一事例	中村 真由美(家族法研究会)
	8	スポーツ事故における武道・格闘技の理解と判例	濱田 玄樹/阿部 新治郎(スポーツ法研究会)
	9	独占禁止法24条の現状と課題	田鍋 智之(独占禁止法研究会)
	10	身体拘束に対する裁判所の意識の変化と弁護活動について	齋藤 守/彦坂 幸伸(刑事弁護センター運営委員会有志)
11号	1	情報公開の差し止め—逆FOIAの実情—	森田 明/中野 智昭/山辺 直義/福田 英訓/ 井筒 聡美(情報問題対策委員会有志)
	2	宅地建物取引業法の諸問題(その1)	立川 正雄/及川 健一郎/篠田 貴和/野竹 秀一/ 高梨 翔太(不動産法研究会)
	3	虐待が疑われる乳幼児頭部外傷について、法的観点からの考察	中野 智昭
	4	独占禁止法審査手続に関する指針について	島津 圭吾(独占禁止法研究会)
	5	「忘れられる権利」と近時の裁判例の動向	内山 浩人(インターネット法律研究会)
	6	職務発明と労働法規制についての一考察	岡田 健太郎(知的財産法研究会)
	7	神奈川の林地・緑地保全と開発	幸 裕子/小倉 孝之/大森 望/畑中 隆爾/ 新倉 武/宮澤 廣幸/大島 正寿/鈴木 洋平 (環境法実務研究会)
	8	交通事故損害賠償における介護保険給付をめぐる諸問題について ～将来介護費用の公平な分担を中心に～	常磐 重雄(交通事故損害賠償研究会)
	9	マンションの敷地に関する2つの事例	濱田 卓(マンション法研究会)
	10	高齢者登山における健康状態把握義務と申出責任についての一考	山本 紘太郎(スポーツ法研究会)

あ　と　が　き

- ◇関係各位のご協力をいただき、第11号を発刊することができました。創刊号から本号に至るまで、本書の発行に携わった全ての皆様に深く感謝申し上げます。
- ◇本年度も当会の各専門実務研究会は活発に活動しており、各専門分野の研究がますます発展しております。
- ◇今回は、8研究会、1委員会有志、1個人会員の労作10本の論文を掲載しました。いずれの論文も、今日的問題について実務家としての観点から検討を加えた最高水準の議論が展開されておりますので、是非ご一読いただき、今後の実務もしくは研究等に役立てていただければ幸いです。
- ◇今後も、引き続き発刊する予定ですので、本書をより充実した内容とするためにも、本書に対するご意見等をお寄せいただければ幸甚です。また、継続的に発表されている研究会は勿論のこと、これまで未発表の研究会や、同一の研究会から複数の論文をお寄せいただくことも大歓迎ですし、個人会員からの積極的な寄稿もお待ちしております。
- ◇最後に、本書の発刊にあたり、ご多忙の中、快く執筆を引き受けてくださいました各研究会所属の会員及び個人会員の皆様、また、編集や連絡のために労力を割いて下さった編集委員、そして事務局の方々に心より感謝申し上げます。

2017（平成29年）3月31日

編集兼連絡委員代表 藤田章弘

編集兼連絡委員（順不同）

代表 藤田章弘

委員 土居久子、服部政克、佐野高王、内山浩人、天野康代、池田賢史、濱田卓、
坂本真史、大森望、矢口統一、高橋博丈、高梨翔太、辻居弘平、溝口歩実

担当副会長 高橋健一郎

研修委員会委員長 前田康行

神奈川県弁護士会専門実務研究会

- ・倒産法研究会
- ・知的財産法研究会
- ・会社法研究会
- ・金融取引法研究会
- ・独占禁止法研究会
- ・家族法研究会
- ・遺言・相続研究会
- ・インターネット法律研究会
- ・不動産法研究会
- ・行政法研究会
- ・マンション法研究会
- ・債務者の権利研究会（旧商工ローン研究会）
- ・環境法実務研究会
- ・債権回収研究会
- ・交通事故損害賠償研究会
- ・スポーツ法研究会

2017(平成 29)年 専門実務研究 第 11 号

平成 29 年 3 月 31 日発行

発行所 **神奈川県弁護士会**
〒 231-0021 神奈川県横浜市中区日本大通 9 番地
電話 045 (211) 7707
ホームページ <http://www.kanaben.or.jp/>

印刷所 マスカタ印刷株式会社
〒 123-0872 東京都足立区江北 5 - 3 - 2
電話 03 (3854) 2424
FAX 03 (3856) 0015

乱丁・落丁本はお取換えいたします

©2017 Kanagawa Bar Association

本書の全部または一部を複写複製および磁気または光記録媒体への入力等を禁じます。
これらの許諾については本弁護士会 (Tel045-211-7707) までご照会下さい。

RESEARCH ON THE SPECIALTY PRACTICE

- Reverse - FOIA Cases in Japan
..... Akira Morita, Tomoaki Nakano, Naoyoshi Yamabe, Hidenori Fukuda, Satomi Izutsu
- Various problems of Building Lots and Buildings Transaction Business Law part 1
.....Masao Tachikawa, Kenichiro Oikawa, Takayasu Shinoda,
Shuichi Notake, Shota Takanashi
- Consideration from the legal angle about the infant Abusive Head Trauma
.....Tomoaki Nakano
- A Guideline on Administrative Investigation Procedures
..... Keigo Shimazu
- The "Right to be Forgotten": Recent Court Cases.
..... Hiroto Uchiyama
- A study of employee invention and regulations of labor law
..... Kentaro Okada
- Conservation and development of forestland and green area in Kanagawa
..... Yuko Saiwai, Takayuki Ogura, Nozomu Omori, Ryuji Hatanaka, Takeshi Niikura,
Hiroyuki Miyazawa, Masatoshi Ooshima, Yohei Suzuki
- Problems concerning long-term care insurance benefits in compensation
for traffic accident reparations ~Fair share of future long-term care costs~
..... Shigeo Tokiwa
- Two cases about grounds of a building
.....Suguru Hamada
- Consideration about the duty to grasping a health condition and the responsibility
to reporting thereof concerning mountain climbing by the elderly people
.....Kotaro Yamamoto